جامعة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية والقانونية
قسم الفقه وأصوله

الفُرْقة التي تعدُّ فسخاً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني.
- دراسة مقارنة -

Adenomination considered as Dissolution In Islamic figh and personal Law in Jordan
- A comparative Study -

إعداد :

أحمد كامل مفضي حسان
٠٢٢٠١٠٦٠٠٦

إشراف :
الدكتور فتح الله أكثم تفاحه

المشرف المشارك:
القاضي الدكتور سامر مازن القبج

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

الفُرقة التي تعدُ فسخاً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني.
- دراسة مقارنة -

Adenomination considered as Dissolution In Islamic figh and personal Law in Jordan
- A comparative Study -

إعداد :

أحمد كامل مفضي حسان
٠٢٢٠١٠٦٠٠٦

إشراف :
الدكتور فتح الله أكثم تفاحه

المشرف المشارك:
الدكتور سامر مازن القبج

أعضاء لجنة المناقشة :	التوقيع
الدكتور فتح الله أكثم تفاحة(مشرفاً ورئيساً)	
الدكتور سامر مازن القبج (مشرفاً مشاركاً)	
الأستاذ الدكتور قحطان الدوري/عضواً	
الدكتور أحمد ياسين القــراله / عضواً	
الدكتور عبد الله الفواز/ عضواً	

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت .

نوقشت وأوصي بـــ:........................ بتاريخ:....\....\...........م

الإهداء

إلى الحبيب المصطفى ﷺ والى آله الطيبين الأطهار

وصحابته الأخيار.....................

إلى روح والدي صدقة جارية عسى أن تكون مقبولةً إن شاء

الله ....

إلى كل مسلم ومسلمة ....

الشـــكر

بعد حمد الله والصلاة والسلام على رسوله الأمين ، وبعد انتهاء هذا العمل المتواضع الذي أرجو أن يتقبله تعالى مني بقبول حسن ،والتزاماً بوصية النبي ﷺ : "من لا يشكر الناس لا يشكر الله "، واعترافاً لأهل الفضل بفضلهم ،لا يسعني الا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور فتح الله أكثم تفاحة على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة،وتجشمه عناء قراءتها وتقويمها ،وما منحني إياه من وقته الشيء الكثير فجزاه الله خيراً، كما أشكر المشرف المشارك فضيلة القاضي الشرعي الدكتور سامر مازن القبج على ما أفادني فيه من حسن ملحوظاته،وسعة صدره وحلمه، مما كان له الأثر الكبير في تقويمي أولاً ثم تقويم الرسالة، واشكر أعضاء اللجنة المناقشة على تفضلهم بقبول المناقشة .

الباحث

أحمد الحوري

قائمة المحتويات :

الملخص باللغة العربية :

الفرقة التي تعد فسخا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني
- دراسة فقهية مقارنة-

إعداد :
أحمد كامل مفضي حسان
٠٢٢٠١٠٦٠٠٦
إشراف :
الدكتور فتح الله أكثم تفاحة
المشرف المشارك :
القاضي الدكتور سامر مازن القبج

الملخص باللغة العربية :
الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين وعلى اله وصحبه ومن سار على دربهم إلى يوم الدين :
أما بعد :

فان محور هذه الرسالة يدور حول قضية من القضايا المتعلقة بالأسرة ، وهي اللبنة الأساسية في بناء المجتمعات البشرية ، وجاءت هذه الرسالة لتتناول التفريق بين الزوجين واختصرت على جانب واحد منها، وهو ما يعد من هذه الفرق فسخا، ولقد اشتملت هذه الرسالة أيضا على إبراز الناحية الفقهية أولاً ، ثم الناحية القانونية وحُصِرت في قانون الأحوال الشخصية الأردني فقط .
وقسّمت الرسالة إلى مقدمة تمهيد وفصلين وخاتمة .

جاء في التمهيد الحديث عن ماهية الفرقة بين الزوجين ، واشتمل على مبحث، تحدثت في المبحث الأول عن معنى الفرقة في اللغة ومعانيها ومراميها في معاجم اللغة ، وتحدثت أيضاً عن معناه الاصطلاحي عند الفقهاء وتحديد المقصود منها والحكمة من مشروعيتها .

وفي الفصل الأول تناولت فيه أقسام فرق الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، والألفاظ ذات الصلة بالموضوع ،واشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث ، في المبحث الأول تحدثت عن النوع الأول من أنواع فرق الزواج وهو الطلاق، فعرّفته في اللغة والإصطلاح، ثم ذكرت ضابط اعتبار الفرقة طلاقا عند الفقهاء وبينت الأسس التي على اعتبارها عدوا الفرقة طلاقا ، ثم بينت موقف قانون الأحوال الشخصية ، وبماذا استعان وبماذا أخذ والفرق التي تعد طلاقاً فيه ، وفي المبحث الثاني تناولت فيه النوع الثاني من أنواع الفرقة بين الزوجين وهو الفسخ ،

فبينت فيه معناه في اللغة والاصطلاح وضابط اعتبار الفرقة فسخا في الفقه وعند الفقهاء وفي القانون أيضاً .وذكرت في المبحث الثالث الألفاظ ذات الصلة بالموضوع والمتصلة فيه كالبطلان والتفاسخ والانفساخ والفرق بينها والفرق بين الفسخ والطلاق .

وأما الفصل الثاني وهو الأخير في الرسالة فقد كانت الدراسة مستفيضة ومتخصصة حيث تناولت أقسام الفرقة التي تعد فسخاً في الفقه الإسلامي وجاءت في ثلاثة مباحث ، تحدثت في المبحث الأول عن الفرقة التي اتفق الفقهاء على اعتبارها فسخا أو هي ما يعبر الفقهاء عنها بالفرقة لحق الشرع ، وتناولت فيها قضايا كثيرة ومتنوعة ، والمبحث الثاني جاء فيه عن الفرقة المختلف في كونها فسخا أو ما عبر الفقهاء عنها بالفسخ لحق أحد الزوجين، وأخيراً كان الحديث في المبحث الثالث عن القسم الثالث من أقسام الفرقة التي تعد فسخا وبينت فيه الفرقة التي تعد فسخا ومدى حاجتها للقضاء .
ثم جاءت الخاتمة بعد هذا كله متضمنة أهم النتائج وأبرز التوصيات التي اشتملت عليها هذه الرسالة .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

تحليل المصادر والمراجع :

اعتمدت في دارستي هذه على مجموعة من المراجع والمصادر الأصيلة في الفقه الإسلامي،والتي أثرت هذه المصادر المكتبة الإسلامية الزاخرة بالخير والعطاء،والتي أبدع فيها مؤلفوها وبذلوا لإخراجها في هذا الشكل جهدا كبيراً،وقد لا نوفيهم حقهم إذا أردنا أن نتعرض لبعضها بالتحليل فكلها حلقة متكاملة ترفد هذه الشريعة الغراء وتخدم هذا الدين القيم ، وسأتعرض لبعض هذه المراجع والمصادر كما يلي :

١ – اسم الكتاب :الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنته السنة وآي القرآن

اسم المؤلف : محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي

تاريخ الوفاة : (٦٧١هـ– ١٢٧٣م)

وصف الكتاب : يتناول هذا التفسير أي القرآن عموماً، والتركيز فيه أكثر ما يكون على الآيات المشتملة على الأحكام ، يبدأ عند تفسيره للآية بذكر سبب النزول ويذكر القراءات ثم الإعراب مع شرح وبيان غريب الألفاظ ويستشهد بالشعر العربي ويذكر الناسخ والمنسوخ ثم يتعرض لآيات الأحكام فيذكر عدد المسائل الفقهية الموجودة في الآية والتي تضمنتها ، ثم يبدأ بذكر آراء الفقهاء وأقوالهم في المسائل الفقهية، ويورد أدلتهم ويعلق عليها وينقد ويناقشها وهو مالكي المذهب ومع ذلك فانه لا يتعصب لمذهبه، وهو كتاب سهل العبارة واعتمدت عليه عند الاستدلال بالآيات القرآنية وتوجيها ومعرفة ما تضمنته من أحكام .

٢ – اسم الكتاب : الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري

اسم المؤلف : محمد بن اسماعيل البخاري أبو عبد الله

تاريخ الوفاة : (٢٥٦هـ– ٨٧٠م)

وصف الكتاب : يتناول هذا الكتاب الأحاديث النبوية الشريفة ويقتصر فيه على الأحاديث الصحيحة ولا يورد غيرها اعتبر من أصح الكتب بعد كتاب الله لتثبته فكان يشترط اللقاء والمعاصرة واختار ممن اشتهروا من الرواة بالعدالة والضبط والإتقان، وهو أول كتاب ألف وصنف في الصحيح فقط ، عد كتبه (٩٧) كتاباً وأبوابه (٣٤٥٠) باباً وفيه(٢٦٠٧) حديثا بدون تكرار، ويعتبر العنوان عند البخاري مسألة من المسائل في الفقه أو العقيدة أو الآداب .

٣ – اسم الكتاب : فتح الباري شرح صحيح البخاري

اسم المؤلف : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني

تاريخ وفاة : (٨٥٢هـ– ١٤٤٩م)

وصف الكتاب : يعتبر من ابرز الشروح في الحديث النبوي الشريف ، ومنهجه فيه حيث يورد الأحاديث الواردة فيه معلقا على اتصال السند إلى البخاري ، ثم يذكر سلسلة الإسناد للحديث ويترجم للرواة ذاكرا توثيقهم وتضعيفهم مدللاً على ذلك بذكر

أقوال علماء الجرح والتعديل ثم ينتقل إلى متن الحديث فيشرح معاني المفردات وموقعها في الإعراب ويحللها ويستنبط منها الأحكام الفقهية مبيناً آراء الفقهاء .

٤ – اسم الكتاب : نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار

اسم المؤلف : الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني

تاريخ الوفاة : (١٢٥٠هـ–١٨٣٤م)

وصف الكتاب : هو من كتب شروح الحديث وهو شرح لكتاب منتقى الأخبار لمجد الدين بن تيمية ، قام الشوكاني فيه بتخريج الأحاديث وبيان طرقها واختلاف ألفاظها وشرح معانيها اللغوية ، ثم بعد ذلك يذكر الأحكام الفقهية الواردة ومذاهب الفقهاء وأدلتهم ، ما يمكن ملاحظته انه مختصر اختصارا كثيرا .

٥ – اسم الكتاب : المبسوط .

اسم المؤلف : أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي .

تاريخ الوفاة : (٤٨٣هـ– ١٠٩٠م).

وصف الكتاب : يعتبر كتاب المبسوط من أمهات الكتب في الفقه الحنفي ، وهو مرتب على الأبواب الفقهية المعروفة ،والتي جرى عرف الفقهاء أن جاز لنا التعبير على ترتيب مؤلفاتهم الفقهية على ذلك المنوال ، يسترسل في الحديث عن الأحكام ويعرض الآراء والأدلة ويناقشها مع المقارنة ، ويحكم على الأحاديث ويبين الضعف فيها إن كان هناك ضعف ، ويذكر الروايات المختلفة في مذهبه ثم يرجح بين الروايات.

٦ – اسم الكتاب : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

اسم المؤلف : علاء الدين الكاساني وقيل الكاشاني الملقب بملك العلماء .

تاريخ الوفاة : (٥٧٨هـ– ١١٩١م).

وصف الكتاب : يعتبر كتاب البدائع من المراجع السلسة والسهلة في الاستعمال وذلك لسهولة وبساطة اللغة التي يستخدمها العالم ،أضف إلى ذلك عرض الأفكار وهو عبارة عن شرح لكتاب تحفة الفقهاء للسمرقندي ، يضع في كل كتاب يشرحه الخطة التي سيسير عليها في شرحه،ويعرض لأهم الأفكار والأحكام التي سوف يقوم ببيانها يبدأ بالتعريف في اللغة والاصطلاح ثم الاستدلال على الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، يعرض آراء الفقهاء في المسالة وأدلتهم ويناقش أدلتهم وينقد توجيهها.

٧ – اسم الكتاب : المدونة الكبرى

اسم المؤلف : الإمام مالك ابن انس

تاريخ الوفاة : (١٧٩هـ– ٧٩٥م)

وصف الكتاب : يعد الكتاب من أمهات الكتب في الفقه المالكي ، كيف لا وهو كتاب الإمام ، وهو برواية سحنون بن عبد السلام التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك ، ويقوم منهج الكتاب على المناقشة حيث يسأل سحنون ابن

القاسم فيجيب بما سمعه عن الإمام مالك ، اشتملت المدونة على (٦٢٠) مسألة في فروع الفقه المختلفة ، وقد جمعت المدونة آراء الإمام مالك أو المروية أو المخرجة على أصوله وعلى آراء بعض أصحابه والأحاديث التي وردت في مسائل الفقه المالكي .

٨ – اسم الكتاب : شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل المالكي .
اسم المؤلف : الإمام محمد بن عبد الله الخرشي.
تاريخ الوفاة : (١١٠١هـ– ١٦٩٠م).

وصف الكتاب : وهو كتاب في الفقه المالكي ، وهو عبارة عن شرح لمتن خليل بن إسحاق ، فيبين صاحبه فيه معاني الألفاظ التي وردت ويذكر المسائل الفقهية ويبين أراء الفقهاء المالكية فيها .

٩ – اسم الكتاب : الأم .
اسم المؤلف : الإمام محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي .
تاريخ الوفاة : (٢٠٤هـ–٨٢٠م).

وصف الكتاب : هو الكتاب الأول في فقه الشافعية ،تناول فيه أكثر المسائل الفقهية وهو يمثّل مذهب الشافعي الجديد ، وقد رتب كتابه على أبواب الفقه ويدلل على ما يذهب إليه ، ويرجح بين الأدلة حال التعارض ويبين قوة الحديث وضعفه حيث يتناول رجال السند لبيان حال الحديث .

١٠ – اسم الكتاب : المهذب في فقه الإمام الشافعي
اسم المؤلف : أبو إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي
تاريخ الوفاة : (٤٧٦هـ– ١٠٨٣م)

وصف الكتاب : يعتبر هذا الكتاب من المتون المهمة والكبيرة في الفقه بشكل عام ، وفي فقه الشافعية بشكل خاص، فهو كتاب يشتمل على أصول المذهب الشافعي بأدلتها وما تفرع على أصوله من المسائل ، يذكر المسائل دون أن يعنون لها ويستدل بالأحاديث دون أن يعرض لبيان صحتها وعدمه ، وعبارته مختصرة .

١١ – اسم الكتاب : المغني
اسم المؤلف : الإمام موفق الدين أبو عبد الله ابن احمد بن قدامه
تاريخ الوفاة : (٦٢٠هـ–١٢٢٣م)

وصف الكتاب : يعتبر الكتاب من الكتب الجوامع للفقه ، ومن الكتب الأولى والمهمة للحنابلة ، وهو عبارة عن شرح لمختصر الخرقي الا أن ابن قدامة لم يختصر فيه على رأي الحنابلة وإنما أراد به أن يكون موسوعة فقهية ، ذكر فيه أقوال الصحابة والتابعين وعلماء الأمصار المشهورين ، كان يذكر الأدلة ينقد ويناقش ويحكم على الأحاديث ، ومما يؤخذ عليه تعدد الروايات التي يذكرها عن ابن حنبل .

١٢– اسم الكتاب : المحلى بالآثار
اسم المؤلف : محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري

تاريخ الوفاة : (٤٥٦هـ-١٠٦٤م)

وصف الكتاب : يعتبر المحلى من الكتب التي جمعت بين الفقه والحديث ، حيث اشتمل على فقه الظاهرية مقارناً بالمذاهب الفقهية الأخرى ، قسم الكتاب على أبواب الفقه حيث كان يذكر عنوان المسالة وفروعها ويذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ويناقش أدلتهم ويرد عليهم ، ورده يكون حازماً وهو جريء في الرد ومنتصراً لمذهبه ، كان يتطرق إلى علل الأحاديث والرجال وكان يرويها باسناده الخاص .

١٣- اسم الكتاب : شرح النيل وشفاء العليل

اسم المؤلف : محمد بن يوسف اطفيش

تاريخ الوفاة : (١٣٣٢هـ-١٩١٤م)

وصف الكتاب : يعتبر الكتاب من كتب الفقه الإباضي وهو شرح لمتن الشيخ ضياء الدين عبد العزيز الإباضي، قام المؤلف بشرح المسائل الفقهية المبوبة بذكر الأحكام الفقهية وأدلتها من القرآن والسنة وآثار الصحابة مع عرض اقوال المذاهب الأخرى ، يرجح بين الأقوال بناءاً على قوة الدليل ، يتعرض للمعاني اللغوية والإعرابية .

١٤- اسم الكتاب : مختار الصحاح

اسم المؤلف : محمد بن أبي بكر الرازي

تاريخ الوفاة : (٦٦٦هـ- ١٢٨٦م)

وصف الكتاب : من كتب اللغة وهو كما قال عنه مؤلفه مختصر في علم اللغة ، جمعه واختاره من كتاب الصحاح للإمام الجوهري ، وهو كتاب مختصر وسهل تجنب فيه إيراد مشكل اللغة العربية وغريبها ، سهل العبارة مختصر ، سهل الاستخدام ومرتب على الحروف الهجائية .

١٥ - اسم الكتاب : لســــــأن العرب

اسم المؤلف : جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الأنصاري

تاريخ الوفاة : (٧١١هـ- ١٣١١م)

وصف الكتاب : من كتب اللغة المتميزه ، رتب المؤلف كتابه على الحرف الأخير وفصوله على الحرف الأول ، يستشهد بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية ويبين الأقوال اللغوية فيها،ويستشهد أيضاً بأقوال العرب وأشعارهم مع التوضيح لما فيها من غموض ، البحث فيه صعب قليلا إلاّ أن الفائدة العلمية فيه ضخمة من أبرز الكتب في اللغة .

بعد هذا العرض السريع والموجز لبعض المراجع والمصادر التي رجع الباحث إليها في هذه الرسالة ، كان لابد لنا من نبرز أمراً أخاله غير غائب عن علمائنا الأجلاء ، وهو ما بدأ بالظهور حديثا من تنقيح وتخريج للكتب الفقهية القديمة،وهو من الأمور ذات الأهمية بمكان،إذ إن فيه إبرازا لمدى التقدم العلمي الذي يشهده الإسلام،فيقترح الباحث إنشاء جمعية متخصصة، مكونة من كبار العلماء لإعادة صياغة كتب الفقه القديمة وإبراز دورها في مجتمعنا .

والله من وراء القصد .

المقدمه

إن الحمد لله نحمده تعالى ، ونستعينه، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، واشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له ، واشهد أن محمدا عبد الله ورسوله ، صلوات الله وسلامه عليه ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ [١]

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا[٢]

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا ۞ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا [٣]

شرع الإسلام الزواج ليكون وسيلة للاستقرار،واستمرار للحياة الإنسانية وللنسل البشري ، وحتى تعمر الأرض وتستمر الحياة ، وفق ما أراد الخالق الحكيم ولأغراض متنوعة وكثيرة غاية في الأهمية ، قال تعالى : (ومن آياته أنخلق لكم من أنفسكم أزوجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) [٤].

إلا أن هذا الزواج الذي شرع لمقاصد بينها الشارع الحكيم قد يعترضه بعض ما يحول دون تحقيق أهدافه ، وأغراضه لأسباب كثيرة ومتنوعة لا مجال لحصرها هنا ، فوضع الشارع الحكيم الحلول المناسبة لتلك المشاكلات والمصاعب كالطلاق وغيره كالتفريق بين الزوجين ، وهذا التفريق إما أن يكون طلاقاً ، وإما أن يكون فسخاً أو رفعا بالموت.

وستتناول هذه الدراسة الفرقة بالفسخ بين الزوجين .

مشكلة الدراسة تتمثل بعدة اسئلة هي :

١ – هل التفريق بين الزوجين أو انحلال الرابطة بينهما بالطلاق فقط ؟ أم أن هناك سبلا غير الطلاق ؟ ما الفرقة وتحديد المقصود منها ؟ وما أنواعها ؟ ومتى تعتبر الفرقة طلاقا ؟ ما الضابط عند الفقهاء لاعتبارها طلاقا وما أنواعها ؟.

---

(١) سورة آل عمران : الآية (١٠٢) .

(٢) سورة النساء: الآية (٢) .

(٣) سورة الأحزاب : الآيتان (٧٠-٧١) .

(٤) سورة الروم : الآية : (٢١) .

٢ - متى تعتبر الفرقة فسخاً وما الضابط عند الفقهاء لاعتبارها فسخا وما أقسامها؟ .
٣ - ما الأمور التي قرر القانون الأردني اعتبارها في مسألة الفرقة بين الزوجين وبيان رأيه فيها ؟ .
٤ - ما الآثار المترتبة على الفرقة التي تعتبر فسخاً في الفقه والقانون ؟ .

وتتمثل أهداف الدراسة بما يلي :
١ - جمع شتات موضوع فقهي قضائي غاية في الأهمية بحيث يوضع في بوتقة كاملة واحدة .
٢ - التعريف بالفرقة وأنواعها والفرق بين كل نوع .
٣ - بيان منهج الفقهاء ونظرتهم إلى اعتبار الفرقة طلاقا أم فسخاً وبماذا أخذ القانون في هذا الجانب .
٤ - توضح هذه الدراسة أقسام الفرقة التي تعد فسخاً .
٥ - التحدث عن الفرقة التي تعد فسخا في قانون الأحوال الشخصية الأردني والنظر بماذا أخذ واستعان في هذه الموضوع .
٦ - بيان الآثار المترتبة على التفريق بين الزوجين سواء كانت الفرقة طلاقاً أم فسخاً.
٧ - حاجة المجتمعات الإسلامية بعامه والأسرة خاصة لمعرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع لجهل الكثير منهم في معرفتها وخصوصا مسائل التفريق والتي هي أكثر القضايا عرضا أمام المحاكم .

أدبيات الدراسة والصعوبات .
لم أقف حتى الآن على كتابة فرقة الفسخ بكتاب خاص ، بل وجدتها متناثرة بين طيات الكتب الفقهية القديمة والحديثة والتي بحثت جانب الأحوال الشخصية والتي اقتصرت على ذكرها وعدها فقد دون التعرض لتفاصيلها ووقائعها ، وفي خضم البحث وجدت أن هناك كتاباً موسماً بـ (فسخ النكاح) للدكتور أحمد الكردي وقد تحدث فيه عن الفسخ بشكل عام دون أن يخصص فيه الحديث عن الفرقة التي تعد فسخاً فكان من الكتب التي اعتمد عليها الباحث في بحثه واختلاف الباحث عن منهج الكتاب يبرز بما يلي :
١ - أن الكتاب تحدث عن الفسخ بشكل عام وأريد أن اخصص الحديث فيه عن الفرقة التي تعد فسخا وإبرازها وبيان الآثار المترتبة عليها .
٢ - اكتفى الكاتب بإبراز الجانب الفقهي وأريد أن أضيف إليه جانب قانون الأحوال الشخصية الأردني وبيان ما قد اقر في هذا الموضوع .
٣ - تقسيم الفرقة التي تعد فسخا تقسيما جديدا يتفق مع الأصول والقواعد التي ترتبط بالموضوع .

٣ - تقسيم الفرقة التي تعد فسخا تقسيما جديدا يتفق مع الأصول والقواعد التي ترتبط بالموضوع .

حدود المشكلة .

التحدث عن انحلال الرابطة الزوجية ، وبيان معنى الفرقة بين الزوجين ، وبيان أنواعها ، والفرق بين كل نوع ، والتركيز على الفرقة التي تعد فسخاً وإبرازها ، وبيان رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني في هذا الموضوع .

منهجية البحث .

استخدم الباحث في هذا البحث أكثر من منهج :

- المنهج الاستقرائي : حيث سأجمع المادة العلمية من أمهات الكتب الفقهية من مختلف المذاهب الإسلامية وكتب التفسير والحديث النبوي الشريف وكتب الأحوال الشخصية مع الاستعانة ما أمكن من الكتب الحديثة .
- المنهج المقارن : حيث أقارن بين المذاهب الفقهية مع ذكر أقوال الفقهاء المستقلين في كل جزئية من جزئيات هذه الدراسة ما أمكن .
- المنهج الاستنباطي : وذلك من خلال استنباط الأحكام الشرعية من النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع .
- بيان أدلة الأقوال الفقهية في المسألة موضوع البحث من القرآن الكريم ، ثم السنة النبوية ، ثم الإجماع ، ثم القياس مع بيان وجه الاستدلال .
- ذكر الردود والإجابات إن وجدت ومناقشتها دون تعصب .
- الترجيح بناءا على قوة الدليل وانسجامه مع القواعد العامه للشريعة الإسلامية .
- تخريج الأحاديث مع بيان درجة صحة الحديث ما أمكن .
- التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث .
- الترجمة لبعض الأعلام الواردة في البحث .

الهيكل التنظيمي :

الفصل التمهيدي: **التعريف بالفرقة وبقانون الأحوال الشخصية** .

المبحث الأول : التعريف بالفرقة .

المطلب الأول : الفرقة في اللغة .

المطلب الثاني : الفرقة في الاصطلاح .

المطلب الثالث : الحكمة مشروعية الفرقة .

س

الفصل الأول : **أنواع الفرق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصيةوالألفاظ ذات الصلة بالموضوع .**

المبحث الأول : الفرقة التي تعد طلاقا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني .

المطلب الأول : تعريف الطلاق في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الطلاق في الاصطلاح .

المطلب الثالث : الفرقة التي تعد طلاقاً في الفقه وضابط اعتبارها طلاقاً عند الفقهاء .

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد طلاقاً في قانون الأحوال الشخصية الأردني .

المبحث الثاني : الفرقة التي تعد فسخاً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني .

المطلب الأول : تعريف الفسخ في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الفسخ في الاصطلاح الفقهي .

المطلب الثالث : الفرقة التي تعد فسخاً وضابط اعتبارها فسخاً عند الفقهاء .

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد فسخا في قانون الأحوال الشخصية الأردني .

المبحث الثالث : الألفاظ ذات الصلة بالموضوع.

المطلب الأول : الفرق بين الفسخ والطلاق .

المطلب الثاني : الفرق بين الفسخ الانفساخ والتفاسخ .

المطلب الثالث : الفرق بين الفسخ والبطلان .

الفصل الثاني : **أقسام فرقة الفسخ في الفقه الإسلامي .**

المبحث الأول : الفرقة المتفق على اعتبارها فسخا. (الفسخ لحق الشرع):

  - **د . ط: دون طبعة .**
  - **د . م : دون مكان .**
  - **د . ن : دون ناشر .**
  - **د . ت : دون تاريخ .**

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

التمهيدي: التعريف بالفرقة وتحديد المقصود منها والحكمة من مشروعيتها .

المبحث الأول : التعريف بالفرقة .

المطلب الأول : الفرقة في اللغة .

المطلب الثاني : الفرقة في الاصطلاح .

المطلب الثالث : حكمة مشروعية الفرقة .

المطلب الأول : الفرقة في اللغة .

اسمٌ من الفرقة والافتراق وهو ضد الاجتماع ، وهي من فَرَقَ يقال: فَرَقَ بين الشيئين – فرقاً وفُرقاناً – أي فصل وميّز أحدهما عن الآخر (١).

وفرق بين الخصوم حكم وفصل . وفي التنزيل العزيز : ﴿فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ﴾ (٢).أي يعني بقوله: فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين: افصل بيننا وبينهم بقضاء منك تقضيه فينا وفيهم فتبعدهم منأو عنا ،وهو أيضاً من قول القائل: فرقت بين هذين الشيئين بمعنى فصلت بينهما،من قول الراجز:

يا رب فافرق بينه وبيني   أشد ما فرقت بين اثنين(٣)

وفرَّقَ بين القوم أحدث بينهم فُرْقَة،وفرّق بين المتشابهين ميز بعضها عن بعض ،ويقال فرّق القاضي بين الزوجين أي حكم بالفرقة بينهما .

والفراق: الفُرقَةُ؛ وأكثر ما تكون في الأبدان، وقيل:فرقَ بالصلاح فرقاً وفرّق للإفساد تفريقاً ،وفارقه مفارقة وفراقا، انفصل عنه وباينه، وجعل بعضهم التفرق للأعيان والافتراق للمعاني (٤).

الفاروق: ما فرق بين الشيئين، ورجل فاروق يفرق بين الحق والباطل ، والفاروق اسم سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمير المؤمنين ، وثاني الخلفاء الراشدين، ولقب بذلك ؛ لأنه فرق بين الحق والباطل أو لأنه أظهر إسلامه بمكة

---

(١) جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري (٧١١)هـ ، **لسان العرب** ،ط ١،ج١٠، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢٤هـ –٢٠٠٢ م ، ص،٣٦٠ ،باب الفاء ، فصل القاف . محمد بن آبي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٠هـ)، **مختار الصحاح** ،تحقيق: يحيى خالد توفيق ، ط ١ ، مكتبة الآداب ،القاهرة ،١٤١٨هـ–١٩٩٨،ص ٥٠٠، مجموعة من المؤلفين ، **المعجم الوسيط** ، د.ط ،ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ت ، ص٦٨٥ .

(٢) سورة المائدة : الآية (٢٥) .

(٣) إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أو الفداء (٧٧٤)هـ ، **تفسير القران العظيم** ، تحقيق: حامد احمدا لطاهر ، الطبعة الأولى،ج٢ ، دار الفجر للتراث ،القاهرة ، ١٤٢٢ هـ –٢٠٠٢م ، ص٦٠ . محمد بن علي الشوكاني (١١٧٣)هـ ، **الفتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير (تفسير الشوكاني)** ، تحقيق: عبد الرزاق المهدي ، ط ١ ، ج٢ ، دار الكتاب العربي بيروت ١٤٢٠ هـ ، ١٩٩٩ م ، ص٣٨ .

(٤) سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٢ هـ ، ١٩٨٢ م ، ص٢٣ . محمد بن أبي بكر الرازي ، **مختار الصحاح** ، ص ٥٠٠.

فقرق بين الأيمان والكفر (١).من خلال ما سبق نرى أن معاني الفرقة في اللغة لا تخرج عن الفصل والمباينة بين شيئين والتمييز بينهما أيضا ، فدلالة معانيها تشـــير إلى ذلك.

---

(١) السيد محمد مرتضى الزبيدي ، **تـــاج العروس** ، ج٧ ، د.ط ، دار صادر بيروت ، ١٣٨٦ هـ ، ١٩٦٦ م ، ص ص ٤٣ .

المطلب الثاني : الفرقة في الاصطلاح .

لم يذكر الفقهاء القدامى في ما اطلعت عليه من كتب الفقه القديمة والأصيلة، تعريفا اصطلاحيا ومنفردا للفرقة – أي الفرقة المقصود بها بين الزوجين–، بل كانت ترد تلك الكلمة في كتبهم وتحمل معانيها ، دون الحاجة لذكر تعريفها أو شرح مراميها أو معانيها، وإنما ذكرت عند ذكر ما ينهي عقد الزواج . .

وردت مثلاً ... في كتاب (زاد المحتاج بشرح المنهاج) عند حديثه عن الخلع حيث قال : (بأنّه فرقةٌ بعوض) (١). وكان يقصد بهذه الفرقة الفصل والمباينة بين الزوجين وانحلال الرابطة الزوجية بينهما .

وعرضها أيضا صاحب كتاب (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) حيث قال في فصل : (وأما بيان ما يرفع حكم النكاح فبيانه ما تقع فيه الفرقة بين الزوجين ولوقوع الفرقة بين الزوجين أسباب ...) (٢).

ووردت أيضا تلك الكلمة في(حاشية ابن عابدين) في شعر جميل حيث قال:

فرق النكاح أتتك جمعا نافعا   فسخ طلاقٌ وهذا الدُّر يحكيها(٣)

وعلى هذا فإن مصطلح الفرقة كان معروفاً وواضحاً عند الفقهاء القدامى، كما يظهر ذلك من خلال مؤلفاتهم، إلا أنهم كما أسلفنا لا يوردون ولا يذكرون تعريفا للفرقة ، وإنما يقصدون بها ما يحصل به الفصل والمباينة بين الزوجين، وهي متضمنة للمعنى دون الحاجة إلى ذكره ، ولعل ذلك راجع إلى انشغال الفقهاء المسلمين بالبحث عن الأحكام العملية للمسائل التي كانت تستجد كل يوم ، وقد يكون مفهوم

---

(١)   عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، **زاد المحتاج بشرح المنهاج** ، تحقيق عبدالله الأنصاري ، ط١ ، ج٤ ، دار أحياء التراث الإسلامي ، قطر ، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢ م ، ص٣٤١ .

(٢)   علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي الكاساني (٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ط٢، ج٢، دار أحياء التراث العربي بيروت ، ١٤٢١هـ–٢٠٠٠م ، ص٦٥٣ .

(٣)   محمد بن أمين بن عمر الشهير بابن عابدين ١٢٥٢هـ ، **رد المحتار على الدر المختار الشهيرة ب(حاشية ابن عابدين)**، تحقيق حسام الدين بن محمد بن صالح بن فرفور ، ط١ ، ج٨، دار الثقافة والتراث دمشق ١٤٢١هـ–٢٠٠٠ م، ص٢٤٤ .

الفرقة عند هؤلاء الأفذاذ جلياً وواضحاً لا يحتاج إلى تعريف خاص اكتفاءً بالمفهوم اللغوي للكلمة .

ووردت الفرقة كمصطلح في الكثير من كتب الفقه القديمة وليس ما ذكر من أمثلة على سبيل الحصر وإنما للتدليل فقط ، وأما بالنسبة للفقهاء المحدثين فقد وردت عدة تعريفات لمن بحث أو كتب فيما يتعلق في هذا الجانب، نوردها كما يلي:

١ - عرّفها صاحب كتاب الفقه الإسلامي وأدلته (١) بأنها: (انحلال الرابطة الزوجية وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب).

٢ - وعرّفتها موسوعة الفقه الكويتية(٢) بأنها :(كلمة يذكرها الفقهاء ويريدون بها انحلال الرابطة بين الزوجين والفصل والمباينة بينهما سواء كان في طلاق أم بغيره).

٣ - وعّرفها صاحب كتاب(فرق الزواج) (٣)بأنها:(ما تنحل به عقدته – أي عقد النكاح – فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية) .

وعلى ذلك تتفق الفرقة في معناها اللغوي مع معناها في الاصطلاح في أنها تعني الفصل والمباينة بين الزوجين، وابتعاد كل واحد منهم عن الآخر لسبب من الأسباب ، ويمكن من خلال ما سبق من استقراء لمعاني الفرقة أن نخلص إلى تعريف للفرقة كما يلي :

(هي انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين وانقطاعها بينهما سواء كانت بطلاق أم بغيره لسبب من الأسباب).

---

(١) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ط١، ج٧، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٤ هـ -١٩٨٤ م ، ص ٣٤٧ .

(٢) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ، **الموسوعة الفقهية الكويتية** ، ط١ ، ج٣٢ ، مطابع دار الصفوة ، الكويت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م ، ص١٠٧ .

(٣) علي الخفيف ، **فرق الزواج** ، د.ط ، معهد الدراسات العربية ، ص١ .

المطلب الثالث : حكمة مشروعية الفرقة .

الزواج هو الاستجابة الطبيعية من الإنسان لتلبية غريزة حفظ النوع ،التي لا تشبع إشباعا مشروعا إلا بهذه الطريقة، والتي هي مأذون بها من قبل الخالق عز وجل ، وذلك إدامة للنسل البشري مع بقية المشاعر الأخرى التي تستدعيها هذه الفطرة ، فالزواج هو إحدى آيات القدرة الربانية الحكيمة ، ومظهر من مظاهر فضله ونعمته ،لا بل ومظهرا من مظاهر الرقي البشري ،شرعه ليكون لعباده سكناً واستقراراً وهدوءاً وطمأنينة قلب، ففي كنفه يجد كل من الزوجين ما هو مبعث سعادته في الدنيا، وفلاحه في الآخرة.

ولما كان مقصد الشارع الحليم من العلاقة الزوجية لا يتأتى إلا إذا كانت العلاقة يحكمها الود والوئام، وتخيم عليها أفناء الانسجام القلبي، والتجاوب الروحي، فقد عمل الإسلام على اتخاذ جميع الخطوات، وتسهيل مختلف الأسباب التي من شأن الأخذ بها أن يؤول إلى بلوغ المقصد السامي الذي رامه التشريع الحكيم ، ولكن لما كان الاختلاف بين البشر في الطباع والأفكار سنة إلهية ثابتةً ،فان هذا الاختلاف ربما تعمق وضرب بجذوره في أعماق وأساس البناء الأسرى ، فأحدث شرخاً فتنقلب العلاقة الزوجية إلى ساحة خصومات وتنابذ، وقد تمتد وتمتد فتكون منبعا ومبعثا للشقاء ومصدراً للشرور، ففي هذه الحالة يتصدى التشريع الإسلامي الذي جاء ليكون الوقاية الرادعة والعلاج الإنساني لكل القضايا والمشكلات التي تكون بين الأفراد والجماعات (١) .

ومن هنا شرع الإسلام التفريق بين الزوجين؛لأن كلا منهما قد يخدعه شعوره وحسه عند الخطبة فيخطئ في اختيار زوجه، ثم يتبين له بعد الزواج سوء ما صنع ، وقد يعتري أحد الزوجين من أسباب النفرة الطارئة ودواعي الفرقة التي لا يؤمن وقوعها بين بني الإنسان ما يصرفه عن صاحبه أو يحول بينهما وبين التمتع في حياة سعيدة فيحل الجفاء والخصام محل الصفاء والوئام وربما اتسعت هوة الخلاف والشقاق بينهما فأصبحت حياتهما جحيما لا يطاق وجرحا لا يندمل ، فالشريعة

---

(١) محمد عقله ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، ط٢، ج٣ ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ١٤١١هـ-١٩٩٠ م ، ص٥ .

العادلة الصالحة لا بد لها أن تجعل للناس مخرجا من كل ضيق وتيسر لهم أسباب الخلاص من العناء، وتفتح لأمثال هؤلاء باب استئناف حياة زوجية اقرب إلى الدعة والاستقرار، وادعى إلى السعادة في أمن وطمأنينة ، فمشروعية افتراق الزوجين عند فساد العلاقة بينهما أمر تدعو إليه الفطرة وتقتضيه المصلحة، استثناء من الأصل العام وهو أمرٌ تدعو إليه ضرورة الحياة لأنه في الواقع هدم لبيت يريد أن ينقض ليقام مقامه بيت جديد على دعائم قوية وثابتة (١).

فهي ثابتةٌ بالكتابِ والسنةِ والإجماع إذ إن الفرقة بينهما قد تكون بالطلاق والفسخ كما سنبين فيما بعد وهما قد ثبتت مشروعيتهما .

---

(١) محمود سالم عبيدات ، **التفريق بين الزوجين بسبب العيوب بين الفقه والقانون** ،ط١، المطابع العسكرية ، عمان ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧ م ، ص١٠ بتصرف.

الفصل الأول : أنواع الفرق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية .

المبحث الأول : الفرقة التي تعد طلاقا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني .

المطلب الأول : تعريف الطلاق في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الطلاق في الاصطلاح .

المطلب الثالث : الفرقة التي تعد طلاقاً وضابط اعتبارها طلاقاً عند الفقهاء .

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد طلاقاً في قانون الأحوال الشخصية الأردني .

المبحث الثاني : ضابط اعتبار الفرقة فسخا عند الفقهاء وقانون الأحوال الشخصية الأردني .

المطلب الأول : تعريف الفسخ في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الفسخ في الاصطلاح الفقهي .

المطلب الثالث : الفرقة التي تعد فسخاً وضابط اعتبارها فسخاً عند الفقهاء .

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد فسخا في قانون الأحوال الشخصية الأردني .

المبحث الثالث : الألفاظ ذات الصلة بالموضوع.

المطلب الأول : الفرق بين الفسخ والطلاق .

المطلب الثاني : الفرق بين الفسخ والانفساخ والتفاسخ .

المطلب الثالث : الفرق بين الفسخ والبطلان .

المبحث الأول : الفرقة التي تعد طلاقا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني والألفاظ ذات الصلة بالموضوع .

المطلب الأول: الطلاق في اللغة والاصطلاح .

أولا : الطلاق في اللغة: (طلق) في اللغة أصلٌ صحيحٌ مطرد يدل على التخلية والإرسال (١)،وهو مصدر واسم بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم (٢)، وقد طَلُقت المرأة تطلق طلقاً على ما لم يسمَّ فاعله،وطلَقت بفتح اللام جائز ،ومن الطلق طلُقت بالضم ،وكلهم يقول : امرأةٌ طالق بغير هاء، وطلاق المرأة بينونتها من زوجها، وامرأة طالق من نسوة طلّق وطالقة من نسوة طوالق وانشد قول الأعشى :

أجارتنا بيني فانك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقة[٣] .

وطَلَّقَ الرجل امرأته وطَلَقَتْ ،وهي بالفتح تطلقُ طلاقا، أطلق الناقة من عقالها، وطلّقها فطلقت هي بالفتح طَلَقٌ وطلق:لاعقال عليها [٤].ويقال :أطلقت الناقة أي أرسلها والأسير خلاه[٥].وللطلاق معان أيضا نذكر منها مايلي[٦] :

---

(١) احمد بن محمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ)،**معجم مقاييس اللغة**، تحقيق :عبد السلام محمد هارون،ط١،ج ٣، دار الجيل ،بيروت ،١٤١١هـ-١٩٨٧،ص ٤٢٠. علي بن محمد بن شريف الجرجاني(٨١٦)،**كتاب التعريفات** ،د.ط ،مكتبة لبنان ،بيروت ،١٩٧٨،ص ١٣٦ .

(٢) المعلم بطرس البستاني ،**محيط المحيط**، د . ط ،ج ٨ ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٧٧م ، ص ٥٥٤.

(٣) البيت للأعشى (الطويل) ديوان الأعشى ص ٣١٣.

(٤) ابن منظور ، **لسان العرب** ،ج٨ ص ١٧٨. أبو الحسن اسماعيل ابن سيدة المرسي (٤٥٨هـ)،المحكم والمحيط الأعظم ،تحقيق :عبد الحميد الهنداوي ،ط ١ ،ج ٦ ،دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠،ص ص ٢٧٩.مجموعة من المؤلفين ، **المعجم الوسيط** ،ج٢ ص ٥٦٣. الرازي ،**مختار الصحاح** ،ص ٣٩٦

(٥) سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ،ص ٢٣٠ .

(٦) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (٨١٧هـ)، **القاموس المحيط** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧ م ، ص١٦٧ . اسماعيل بن حماد الجوهري ، (٣٩٣هـ) ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ، تحقيق أميل بديع يعقوب & محمد نبيل طريفي ، الطبعة الأولى ، ج٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م ، ص٢٧٢ .ابن سيده المرسي ، **المحكم والمحيط الأعظم** ، ج٦ ، ص٢٨٠ .

- الفراق: الترك ، يقال: طلق البلاد أي تركها.
- التخلية : ومنها الطلقاء: أي الأسرى العتقاء.
- الإرسال: ومنها رجل طلق اليدين وطليقهما أي سمحهما
  وطلق الوجه أي: ضاحكُ ومشـــرق .

وعلى هذا فإن معاني الطلاق في اللغة كلها تدور حول التخلية والإرسال ، وقد غلب عرف الفقهاء على استعمال لفظ الإطلاق في رفع القيد الحسي فيقولون : أطلق الدابة والأسير، ولفظ الطلاق في رفع القيد المعنوي فيقولون: طلّق المرأة [١].

---

(١) أحمد الحجى الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٦٨ .

المطلب الثاني : الطلاق في الاصطلاح.

عرف الفقهاء الطلاق واختلفت عباراتهم في تعريفه على النحو الآتي :

١ - **الحنفية** : عرفه الحنفية بأنه : (رفع قيد النكاح الثابت شرعاً في الحال أو المآل بلفظ مخصوص) [١].

٢ - **المالكية** : قالوا بأنه: (صفة حكميةٌ ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته موجبا تكرارها مرتين للحرة ومرة ولذي رق حرمتها عليه قبل الزواج) [٢]أو (حل العصمة المنعقدة بين الزوجين) [٣].

٣ - **عرفه الشافعية** : بأنه: (حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه) .[٤]

---

(١) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (٧٤٣)هـ،**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،تحقيق الشيخ احمد عزو عناية ،ط ١ ، ج ٣، دار الكتب العلمية ،بيروت ،(١٤٢٠هـ-٢٠٠٠)،ص ٢٠. ابوبكرمحمد بن أبي سهل السرخسي (٤١٠)هـ،**كتاب المبسوط** ،ط ١ ،ج ٦ ، ،دار الكتب العلمية ،بيروت ، (١٤٢٤هـ-١٩٩٣) ، ص ٢ .محمد أمين عمر ابن عابدين (١٢٥٢)هـ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، تحقيق : حسام الدين بن محمد بن صالح بن فرفور ،ط ١ ،ج ٩، دار البشائر ، دمشق ، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، ص ص ٨٧-٨٩.

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (٩٥٤هـ) ،**مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ،ط ١ ،ج ٥ ، دارا لكتب العلمية ،بيروت ،(١٤١٦هـ- ١٩٩٥) ، ص ٩٥.

(٣) أبو عبد الله الشيخ محمد احمد بن عليش (١٢٩٩هـ)،**فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الأمام مالك** ، د ط،ج ٢ ، دار الفكر دمشق ،د ت ، ص ٢.

(٤) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،**مغني المحتاج إلىمعرفة معاني ألفاظ المنهاج** ،الطبعة الأولى ، الجزء الرابع ،دار الكتب العلمية، بيروت ،(١٤١٥هـ- ١٩٩٤) ،ص ٤٥٥. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (٦٢٣هـ) ،**العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير** ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض & الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، ج٨ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م ، ص٤٧٩ . شهاب الدين احمد بن سلام القيلوبي (١٠٦٩هـ) وشهاب الدين احمد البرسي الملقب بـ (عميره) ٩٥٧ هـ ، **حاشيتا قيلوبي وعميره على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** ، الطبعة الأولى ، ج٣ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٧ هـ- ١٩٩٧ م ، ص ٤٨٩ .) الإمام يحيى بن شرف أبو زكريا النووي (٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين** ، تحقيق : عادل عبد الموجود &الشيخ علي محمد عوض ، الطبعة الأولى ، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت ،١٤١٢هـ-١٩٩٢م،ص ٣.

٤ – **وعرفه الحنابلة:** بأنه: (حل قيد النكاح) [١].وزاد بعضهم :(حل قيد النكاح أو بعضه) [٢].

٥ – **عرفه الزيدية** : بأنه :(اللفظ المزيل لعقد النكاح من غير فسخ أو ما في حكمه)[٣].

٦ – **عرفه الإمامية** : (إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق وشبهها [٤].

٧ – **عرفه الإباضية:** بأنه:(حل العصمة المنعقدة بين الزوجين أو حل عقدة التزويج) [٥].

المناقشة والترجيح .

مما سبق نلاحظ بأن التعاريف كلها قد أجمعت على أن الطلاق يقتضي إزالة عقدة النكاح الثابت بالعقد الصحيح بين الزوجين ، وإن اختلفت تعبيراتهم وعباراتهم فمنهم من قال بأنه – الطلاق – حل كما هو قول الشافعية والحنابلة والإباضية ومنهم من قال بأنه: رفع كما هو قول الحنفية والمالكية ، ومنهم من قال بأنه إزالة أو اللفظ المزيل كالزيدية والإمامية ، ومهما يكن فالرفع والحل والإزالة تدل على ذات المعنى وهو فك عقدة النكاح، ثم انهم أجمعوا على أن الحل والرفع لا يكون إلاّ بطريق

---

(١) محمد بن عبدالله بن احمد بن قدامه المقدسي (٦٢٠ هـ) ، **المغني على مختصر الخرقي** ، الطبعة الأولى ، ج٧ ، دار لكتب العلمية بيروت ، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م ، ص٦٦ .شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي المصري الحنبلي (٧٧٢ هـ) ، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق عبدالله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبري ، الطبعة الأولى ، ج٥ ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م ، ص٣٧١ .

(٢) تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي المصري المشهور بابن النجار (٨٨٥ هـ) ، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات** ، تحقيق عبد الغني عبد الخالق ، د. ط ، ج٢ ، عالم الكتب ، ص٢٤٧ .

(٣) احمد بن يحيى بن مرتضى (٨٤٠هـ) ، **البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار ويليه كتاب جواهر الأخبار والآثار وتعليقات القاضي عبدالله بن عبد الكريم الجرافي** ، الطبعة الأولى ،ج٢ ، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء، ١٣٣٦هـ – ١٩٤٧ م ، تصوير ، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨ م ، ص ١٥٠ .

(٤) محمد بن جمال الدين المكي العاملي (٧٨٦هـ)، **الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية** ، د.ط ، ج٦ ، دار المعارف بيروت ،د.ت ، ص١١.

(٥) محمد بن يوسف اطفيش ، **شرح النيل وشفاء العليل** ، الطبعة الثانية ، ج٧، دار الفتح ، ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢ م ، ص٤٤٩ .

مشروع حدده الشارع، فكما أن النكاح لا ينعقد إلّا بألفاظ مخصوصة ذات دلالات محددة فكذلك الطلاق; إذ انه لا يقع و لا ينتج ولا تترتب عليه آثاره إلا بألفاظ معينة صريحة كانت أو كناية، فلا بد أن يكون العقد الذي يزيله ويرفعه الطلاق عقدا ونكاحا صحيحاً، وان اختلفت عباراتهم إلا أنها لا تتضمن إلا ذلك المعنى .

ومع أن التعاريف أجمعت على أن الطلاق حل عقدة النكاح لكنهم اغفلوا جميعا موقع هذا الطلاق، أي المطلق فلم نجد تعريفا من التعريفات السابقة قد صرح بذكر المطلق ، إلا إذا كانوا يقصدون بأن الحل والرفع لا بد له من مزيل للعقد رافع له، ولكن ينبغي أن يكون التعريف صادقًا تماما على المعنى . وعلى هذا فإن الباحث يرجح تعريف الحنفية لانطباقه التام على معنى الطلاق، فهو جامع ومانع ولا بد لنا من شرح مفرداته حتى يظهر لنا الأمر جليا .

فقوله : (رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح) فخرج (بالشرعي) القيد الحسي.

وكما خرج أيضا بـــ (بالنكاح) العتق، (وبلفظ مخصوص) الفسخ،لأن المراد به ما اشتمل على مادة الطلاق صريحا وكناية، ودخل الرجعي بقولنا أو: (مآلاً) [١].

---

(١) ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)**، ج٨ص ٢٤٨.الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٣، ص ٢٠-٢٢.

المطلب الثالث : ضابط اعتبار الفرقة طلاقاً عند الفقهاء .

تمهيـــــد :

لاقت مواضيع الأسرة وما يتعلق بها من أحكام عناية فائقة عند الفقهاء القدامى والمحدثين ؛ إذ إنها تعنى بالأسرة التي تعد اللبنة الأساسية في قيام المجتمعات والركيزة الأساسية في استمرار النسل البشري ، فنجد من خلال الاستقراء لكتب الفقه العناية الحثيثة التي حظيت فيها مواضيع الأسرة وما يتصل بها من أحكام بدءا بالترغيب بالنكاح وانتهاء بالعدة بين الزوجين .

ومن ضمن ما أولى من عناية موضوع الفرقة بين الزوجين، وما يتعلق بها من أحكام وآثار ، إلا أن الفقهاء القدامى لم يفردوا عنواناً خاصا حمل ذلك الاسم، بل كانت تبحث تلك المواضيع تحت أبواب متفرقة، كالطلاق والخلع واللعان وغيرها من فرق الزواج، ببحوث خاصة ومنفردة ومستقلة. وموضوعنا في هذا الفصل الذي نبحث فيه عن أنواع فرق الزواج ومتى تعتبر الفرقة طلاقا أو فسخا؟ وضابط اعتبار كل فرقة ؟أو الأساس الذي بني عليه أن الفرقة طلاق أو فسخ، وهو موضوع شائك ومعقد للأسباب التالية :

١ - اختلاف الفقهاء فيما يتناوله كل نوع من أنواع التفريق، وهذا الخلاف مرجعه الأساس الذي يقوم عليه التقسيم بين الفرقة التي تعد طلاقا أو فسخا ، فلا تكاد تجد فرقة من فرق الزواج إلا وفيها خلاف بين الفقهاء على اعتبارها طلاقا أو فسخا .

٢ - هناك بعض الفقهاء من وضع ضابطا أو اتخذ مناطا خاصا يفرق على أساسه بين ما يعد فسخا أو ما يعد طلاقا والبعض الآخر لم يبحث في ذلك ولم يحاول أن يجد أساسا أو قاعدة يبني عليها التفريق بين ما يعد طلاقا أو فسخا من فرق الزواج ، واكتفى بعدِّ الفرقة ونوعها فقط ، أضف إلى ذلك أن من وضع ضابطا ليميز على أساسه بين ما يعد طلاقا أو فسخا لم تنسحب أو لم تكن تلك قاعدة كلية انطبقت على جميع الفرق ، بل كانت هناك بعض الاستثناءات خرجت عن مضمون هذه القاعدة وسنعرض ذلك إن شاء الله في هذا الفصل محاولين الإلمام بالموضوع من جوانبه المتعددة على الرغم من تعقيداته:

أولا : الفرقة التي تعد طلاقاً عند الحنفية .

يرى الحنفية أن الفرقة إن كانت من جانب الزوج أو ممن يقوم مقامه بسبب يختص به الزوج أي بسبب يستوجبه العقد وليس له مثيل من جانب الزوجة ويترتب عليه حدوث فرقة من قبلها يعتبر طلاقا [١].

وهو ما جاء في كتبهم ، ومن ذلك ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :

يقول صاحب كتاب بدائع الصنائع : (...فيما تقدم والفرقة من خيارين جميعا تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخا، حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها ، وأما خيار العتق فلا شك فيه ؛ لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها،واختيارها لنفسها لا يجوز أن يكون طلاقا لأنها لا تملك الطلاق..) ثم يستطرد بعد ذلك ليقول:(لان الفرقة جاءت من قبل الزوج فيجب أن تكون فرقة بطلاق)[٢] . لينتهي إلى القول : (... ومنها التفريق لعدم الكفاءة أو لنقصان المهر والفرقة به فرقة بغير طلاق ؛لأنها حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن أن يجعل ذلك طلاقا ؛ لأنه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق فيجعل فسخا ......) [٣] .

من خلال ما سبق من النصوص ، نرى بأن الحنفية وضعوا ضابطا لاعتبار الفرقة طلاقا ،حيث عدوا كل ما يصدر من الزوج أو ممن يقوم مقامه ،بسبب يختص به

---

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام (٨٦١هـ) ، **شرح فتح القدير** ، الطبعة الأولى ، ج٣ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م ، ص ص٢٧٩ .الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، **الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان** ، الطبعة الأولى ، ج١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م ، ص٣١٦ .محمد بن احمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي ،(١٠٨٨ هـ) ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فروع الحنفية** ، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م ، ص١٨٤ .

(٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (٥٧٨ هـ) ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، الطبعة الثالثة، ج٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م ، ص ص ٦٥٣ .

(٣) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (٥٧٨ هـ) ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ص ٦٥٤ .

وليس له المثيل من جانب الزوجة يعتبر طلاقا ، الا أن هذا الأساس الذي بنى عليه الحنفية لا ينطبق على جميع فرق الزواج وهذا ما نص عليه بعض مؤلفيهم في مصنفاتهم فقد انتقد ابن عابدين* قول صاحب الدر المختار عند تعليقه على قول : (وإن من قبله فطلاق) فقال : (بأن فيه نظرا ويقتضي أن يكون التباين والتقبيل والسبي والإسلام وخيار البلوغ والردة والملك طلاقا وان كانت من قبله وليس كذلك كما سترى ...) (١).

والملاحظ أن ما أثار مثل هذا أنه إذا صدرت الفرقة بسبب يمكن أن يكون من كل واحد من الزوجين فما حكم الفرقة فيه؟هل تعدّ طلاقا إذا كانت من قبل الزوج؟ أم فسخا من قبل الزوجة ؟ وقع في الفرقة التي تكون من قبل الزوج ويمكن حصول مثلها من الزوجة دون تفويض من الزوج في حكمها في مذهب أبي حنيفة كالفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام أو إبائه الدخول في الإسلام إذا أسلمت زوجته هل تعتبر فسخا أم طلاقا ؟ ولا أريد أن اعرض المسألة في التفصيل في هذا الموضع إذ إنها ستعرض أن شاء الله في التفصيل الكامل والشامل للمذاهب جميعها فيما بعد . وهناك شعر جمع فرق الزواج عند الحنفية فقال :

فرق النكاح أتتك جمعا نافعا ... فسخ طلاق وهذا الدر يحكيها

تباين الدار مع نقصان مهر كذا ... فساد عقد وفقد الكفء ينجيها

تقبيل سبي إسلام المحارب أو ... إرضاع ضرتها قد عد ذا فيها

خيار عتق بلوغ ردة وكذا ... ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها

أما الطلاق فجب عنة وكذا ... ايلاؤه ولعان وذاك يتلوها

قضاء قاض أتى شرط الجميع خلا ... ملك وعتق إسلام اخى فيها

---

* **ابن عابدين** : هو محمد بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي . إمام الحنفية في عصره مولده ووفاته كانت في دمشق ،من مصنفاته : رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المحتار ، الرحيق المختوم في الفرائض ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية سماه (الأسحار على شرح المنارة في الأصول). الزركلي ، **الأعـــــلام** ،ج٦ ،ص ٤٢.

(١) ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** (حاشية ابن عابدين)،ج.٨.، ص ص ٢٤٠.

تقبيل سبي مع الإيلاء يا أملي   تباين مع فساد العقد يدنيها [١].

وبناء على ما سبق تكون الفرقة طلاقاً عند الحنفية ما يلي :

١ – الفرقة بلفظ الطلاق الصادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه .

٢ – الفرقة بالخلع .

٣ – الفرقة بالايلاء .

٤ – اللعان .

٥ – التفريق لعيب جنسي في الزوج .

٦ – التفريق بإباء الزوج الدخول في الإسلام [٢].

ثانيا : المالكية .

ذهب المالكية إلى أن الفرقة التي تعد طلاقاً إذا كانت فرقة من نكاح صحيح شرعا، بناء على سبب لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين ،سواء كانت من قبل الزوج أم كانت من قبل القاضي (٣)، فقد أورد ابن رشد (٤) في كتابه بداية المجتهد قولين للإمام مالك في تمييز الطلاق عن الفسخ ، **القول الأول** : أن النكاح إنْ كان فيه خلاف خارج عن مذهبه- أعني في جوازه- وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فالفرقة بعد ذلك على هذه

(١) الحصكفي ،**الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار** ، ص ...ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختارالمعروف ب(حاشية ابن عابدين)** ، ج٨ ، ص ٢٤١. ابن نجيم ،**البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج، ص،

(٢) انظر صفحة (٩٤) من الرسالة .

(٣) الإمام مالك بن انس الأصبحي (١٧٩هـ)، **المدونة الكبرى** ، د٠ط ، ج٢، دار الفكر ، بيروت ،١٣٨٩هـ-١٩٧٨، ص ص ١٥٣. أحمد بن محمد بن احمد الدردير،**الشرح الصغير إلى مذهب الإمام مالك** ،د٠ط ،ج ٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ص ٣٨٨. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف (الخطاب الرعيني)(٩٥٤) ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** ، الطبعة الثانية ،ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦ هـ- ١٩٩٥ ، ص ٩٠.

(٤) **ابن رشد** : هو محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد الأندلسي ، أبو الوليد الفيلسوف ، من أهل قرطبة ، عني بكلام ارسطو وترجمه إلى العربية ، وزاد عليه زيادات كثيرة ، له أكثر من خمسين مصنفاً منها : التحصيل ، الحيوان ، الضروري في المنطق ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد . الزركلي ، **الأعلام** ، ج٣،ص ٣١٨.

الرواية هي طلاق لا فسخ . **والثاني** : أن الاعتبار في ذلك أن السبب الموجب للتفريق فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معا لم يصح وكان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما أن يقيما عليه أي النكاح مثل الرد بالعيب كان طلاقا [١].

وعلى ذلك فإن المالكية لم ينظروا إلى الجهة المختصة في الفرقة أو ممن تصدر ، سواء كانت من الزوج أو من الزوجة فالفرقة من النكاح الصحيح لا تكون إلا بطلاق، أضف إلى ذلك أنه إذا كانت الحرمة مؤبدة كانت الفرقة فسخا، وليس التأبيد هنا أن تكون الحرمة غير قابلة للزوال بحال كما في الرضاع مثلا، بل معناه أن الزوجين لا يستطيعان المقام معها ،ومن ذلك ردة الزوج مثلا فإنها تسكن على قول بأنه لا يصح الإقامة معها مع أن الحرمة سوف تزول إذا عاد إلى الإسلام [٢].

وعلى ذلك ففرق الطلاق عند المالكية ما يلي :

١ - تطليق الزوج .

٢ - التفريق بسبب عدم الكفاءة .

٣ - التفريق بسبب غيبة الزوج .

٤ - التفريق بسبب المباراة بين الزوجين .

٥ - مخالعة الزوج زوجته أو تطليقه إياها على مال .

٦ - الفرقة بسبب الإيلاء.

٧ - التفريق بسبب العيوب في أحد الزوجين وهو طلاق بائن .

٨ - التفريق بسبب الإعسار في المهر وهو طلاق بائن .

٩ - ردة أحد الزوجين .

١٠ - التفريق بسبب عدم الإنفاق على الزوجة للإعسار وهو طلاق رجعي .

---

(١) محمد احمد بن احمد بن رشد القرطبي الأندلسي (٥٩٥هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،تحقيق : الشيخ علي محمد عوض & الشيخ عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى ،ج ٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦مـ، ص ٣٦٤ .

(٢) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢،ص ٣٨٧-٣٩١.وانظر أيضاً : احمد الحجي الكردي، **فسخ الزواج** ،ص ص ١٠٥-١٠٦.علي الخفيف ، **فرق الزواج** ،ص ٧-٨. محمود البخيت ، فسخ العقد وآثاره.ص٢٩٤.

ثالثا : الشافعية والحنابلة .

ذهب الشافعية إلى أن كل فرقة أوقعها الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة عليها تعد طلاقاً ، فقد ورد في كتاب الأم ما نصه عند حديثه عن الفرقة بين الزوجين : (فمنها الطلاق والطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق، وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها أو إلى غيرها فطلقها فهو كطلاقه لأنه بأمره وقع، وهذا كله إذا كان الطلاق فيه من الزوج أو ممن جعله إليه الزوج واحدة أو اثنين) [١]. فكل ما يكون من جهة الزوج ويصدر عنه أو نيابة عنه صراحة أو كناية قاصدا الطلاق عد طلاقا، وعدا ذلك عد فسخا؛ لأن الفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق [٢]. وهذا أيضا ما ذهب إليه الحنابلة [٣]. وعلى ذلك ففرق الطلاق عندهم ما يلي :

١ - تطليق الزوج زوجته بائنا أو رجعيا .

٢ - الخلع على مال .

٣ - تطليق القاضي على الزوج في الإيلاء إذا امتنع عن التطليق .

رابعا : عند الظاهرية [٤]: ذهب الظاهرية إلى أن كل فرقة تمت بين الزوجين هي فرقة بطلاق ، سوى الفرقة بين الزوجين باللعان ،والفرقة لاختلاف الدين ، والفرقة بسبب الرضاع المحرم بين الزوجين ، فإنها فسخ عندهم .

والملاحظ أن الظاهرية لا يوجد لديهم مناطٌ محددٌ يفرقون على أساسه بين ما يعد طلاقا أو فسخا كما هو الحال عند الفقهاء الأربعة السابق ذكر ما يعد عندهم طلاقا.

---

(١) محمد بن ادريس الشافعي (٢٤٠هـ) ، **الأم** ، الطبعة الأولى ،ج ٥ ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٤٢٢ هـ-٢٠٠١ مـ، ص ٣٠٣ .

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروزابادي الشيرازي (٤٧٦هـ) ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق :محمد الزحيلي ، الطبعة الأولى ، الجزء الرابع ، دار القلم دمشق ،١٤١٧هـ- ١٩٩٦م ، ص ٢٥٨.

(٣) ابن قدامة، المغني ،ج١٠،ص ٧٠. عثمان بن عبدالله بن جامع الحنبلي (١٢٤٠هـ) ،**الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات** ، تحقيق : عبدالله بن محمد بن بسير ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٢٢ هـ- ٢٠٠٣مـ،ص ٣٩٢.

(٤) أبو محمد علي بن محمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦هـ)، **المحلــى** ،تحقيق : لجنة إحياء التراث ،د،ط،ج ١٠ ، دار الجيل ، بيروت & دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ص ١٤٢.

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد طلاقا في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

على الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية الأردني مستمدا أغلب أحكامه من المذهب الحنفي ،إلا أنه أخذ بقسط وافر أيضا من الأحكام في المذاهب الأخرى، وخصوصا في مسائل التفريق كما سنرى لاحقا ، فلا يوجد نص قانوني يحدد نوع الفرقة التي تعد طلاقا، وإنما كانت تذكر الفرقة ويذكر نوعها فقط ، أما عن فرق الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني فهي ما يلي :

١ - (الخلع) : لا يوجد نص قانوني يصرح بذكر نوع الفرقة الناتجة عن الخلع هل هي طلاق أم فسخ؟ وإنما هناك نصوص قانونية أشارت إلى ذلك – إي أنها طلاق – فقد نصت المادة(١٠٢ أ) من قانون الأحوال الشخصية على أنه :

(يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له) [١]. ونصت المادة(١٠٢جـ)أيضا على أنه : (إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب الزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه) [٢]. وعلى ذلك فإن قانون الأحوال الشخصية الأردني قد أخذ برأي الحنفية القائل: بأن الخلع طلاق ، ويا حبذا لو تضاف مادة قانونية تصرح بنوع الفرقة الناتجة عن المخالعة تكون كما يلي: (الفرقة بين الزوجين بالمخالعة تعتبر طلاقاً بائنا إذا استوفت كامل الشروط) .

٢ - (التفريق لعدم الإنفاق) : نصت المادة ١٢٧ على أنه : (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة من ماله ، وإن لم يكن له مال ولم يقل أنه معسر أو موسر أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق ،طلّق عليه القاضي في الحال ، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت ،طلّق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة اشهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك). والطلاق الصادر عن هذه الفرقةهو طلاق رجعي بعد الدخول أما قبل الدخول فيكون بائنا وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٩) جاء فيها:(تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول

---

(١) المادة(١٠٢ أ) من قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٧٦.

(٢) المادة(١٠٢ جـ) من قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٧٦.

،أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا وإذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا اثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وباستعداده للإنفاق فعلا في أثناء العدة ، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة).

٣ - (التفريق بين الزوجين للضرر والفقد) : جاء ما نصه في المادة ١٣١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني : (إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالا من جنس النفقة، وطلبت منه التفريق لتضررها من بعده عنها ، فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر إلى أربع سنوات من تاريخ فقده ، فإذا لم يمكن اخذ خبر عن الزوج المفقود،وكانت مصرة على طلبها، يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث، وأما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها، كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلازل أو ما شابه ذلك، فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري) . و الفرقة الواقعة بسبب الضرر والفقد طلاق لا فسخ .

٤ - (التفريق للشقاق والنزاع) : وهو مأخوذ من الفقه المالكي، إذ إن الحنفية والشافعية [١] لا يرون التفريق بسبب النزاع والشقاق بين الزوجين، فقد نصت المادة (١٣٢)علىأنه: (إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا أو فعلا، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار للحياة الزوجية) ثم عرض في المواد التي بعدها عن

النزاع والشقاق واستحكامه وشروط الحكمين،ثم جاء في المادة التي تليها (١٣٣) ما يلي : (الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن) [٢].

---

(١) انظر : وهبه الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته**،ج٧، ص٥٢٧. عثمان التكروري ،**شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص٢٣٢.

(٢) المادة(١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٧٦.

المبحث الثاني : ضابط اعتبار الفرقة فسخا في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني.

المطلب الأول : تعريف الفسخ في اللغة .

يأتي الجذر الثلاثي (فَسَخَ) في اللغة ومعاجمها، على عدة معان [١] :

١ – يأتي الفسخ بمعنى نَقَضَ : ومنه، فسخ البيع والعزم فانفسخ أي نقض .

٢ – ويأتي بمعنى فَرّقَ : ومنه فسخ الشيء أي فرّقه .

٣ – ويأتي بمعنى رَفَعَ: ومنه فسخت العقد فسخا أي رفعته .

٤ – ويأتي بمعنى أزال : ومنه فسخت المفصل عن موضعه إذا أزاله .

٥ – ويأتي الفسخ بمعنى الإفساد ، وفسد: ومنه فَسِخ الرأي أي فسد .

وقال ابن فارس [٢]: الفاء والسين والخاء ، كلمة تدل على نقض الشيء [٣].وعلى هذا فإن معاني الفسخ اللغوية لا تخرج عن النقض والرفع والإزالة ، وكلها تفيد عدم البقاء على الأصل، وإنما النقض هو الرفع والإزالة، فالقاسم المشترك في هذه المعاني هو : التغيير والتحويل ، فهو قائمٌ فيها كلها، فإنّ نقض الشيء يحول الأمر عما كان عليه سابقا كنقض البناء، وكذلك نقض العقد فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال [٤] .

---

(١) محمد بن مكرم بن منظور ، **لسان العرب** ،باب الخاء فصل الفاء ، مادة(فسخ) ، ج٣ ، ص٥٥ . محمد بن أبى بكر الرازي ، **مختار الصحاح**، مادة فسخ ، ص٥٠٣ ، المعلم بطرس البستاني ، **محيط المحيط** ، مادة فسخ، ص٦٨٩ ، مجموعة من المؤلفين ، **المعجم الوسيط** ،مادة فسخ ، ج٢ ، ص٥٦٣ . سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ، مادة فسخ ،ص٢٣٠ . أبو الحسن علي بن سيدة المرسي (٤٥٨هـ)، **المحكم والمحيط الأعظم** ،تحقيق :عبد الحميد الهنداوي ،الطبعة الأولى ،ج ٥ ،دار الكتب العلمية بيروت ،١٤٢١هـ- ٢٠٠٠ م ،ص ٨٦.

(٢) **ابن فارس :** هو أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، من أئمة اللغة والأدب ، قرأ عليه بديع الزمان الهمذاني ، والصاحب ابن عباد وغيرهما ، أصله من قزوين ، وأقام مدة في همذان ثم انتقل إلى الري ، وتوفي فيها سنة (٣٩٥هـ)، من تصانيفه : مقاييس اللغة ، المجمل ، الصاحبي ، الفصيح ، ثم الخطأ في الشعر . الزركلي ، **الأعلام** ، ج١ ، ص١٩٣.

(٣) أبو الحسن احمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ)، **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر دمشق (١٤١٠هـ- ١٩٩٠ م) ج٤ ، ص٢٥٠ .

(٤) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٥١ .

المطلب الثاني : الفسخ في الإصطلاح .

في البداية لا بدلنا من أن نبرز أمراهاما وهو أن الفقهاء لم يذكروا تعريفاً للفسخ بشكل عام ، بمعنى لم يرد في كتب الفقه باباً حمل ذلك الإسم وهو الفسخ ، وإنما كان يرد لفظ الفسخ عند حديثهم عن العقود،وما يتعلق بها من أمور كثيرة ترتبط بها،وأشدها ارتباطا من حيث إنهاؤه وترتب الآثار وعدمها الفسخ ،وما سنذكره لاحقا من تعريفات للفسخ إنما هو ما ذكره الفقهاء لبيان المعنى المراد من الفسخ عند ذكرهم له ، وعرّف الفقهاء الفسخ ، وكان لكل مذهب تعريفه الخاص به على النحو الآتي[١] :

١ – **الحنفية** : عرّفه من الحنفية ابن نجيم[٢]فقال : الفسخ هو حلّ ارتباط العقد [٣]. وعرّفه الكاساني[٤] الحنفي بأنه :" ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن ،وهو تحلل الارتباط بين المتعاقدين"[٥] .

٢ – **المالكية** :عرفه القرافي[٦] من المالكية بأنه : قلب كل واحد من العوضين لصاحبه [١].

---

(١) ما سنورده من تعاريف للفسخ هو ما جمعه بشكل جميل ومتقن الأستاذ محمود البخيت في كتابه (فسخ العقد) حيث جمع هذه التعاريف واستخلصها من كتب الفقه القديمه والأصيله، والملاحظ أن الفقهاء كما اشرنا من قبل ارادوا بذلك بيان معنى افسخ لا تحديد لمعنى اصطلاحه فقط .

(٢) **أبن نجيم**{...- ٩٧٠هـ -١٥٦٣م } : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم فقيه حنفي من العلماء ،مصري الأصل له مصنفات عديدة منها البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفقه ، الرسائل الزينية ٤١ رسالة في مسائل فقهية ، الفتاوى الزينية ، كتاب الأشباه والنظائر في أصول الفقه. الزركلي ، **الأعـلام** ، ج٣ ، ص٦٤ .

(٣) زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم (٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان** ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، الطبعة الأولى ، المكتبة العصرية صيدا ، ص٣٧٤ .

(٤) **الكاساني** : هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، أو الكاشاني والكاساني الأشهر ، فقيه حنفي من أهل حلب وتوفي فيها من مصنفاته : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، السلطان المبين في أصول الدين . الزركلي ، **الأعـلام** ، ج٢، ص٧٠ .

(٥) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢،ص ٦٥٣.

(٦) **القرافي** (٦٨٤هـ-١٢٥٨م): هو أحمد بن إدريس ابن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي ، من علماء المالكية ينتسب إلى قبيلة صنهاجه من برابرة المغرب ، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة له مصنفات عديدة وجليلة منها : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، الذخيرة في الفقه المالكي ،

٣ – **الشافعية** : عرفه الزركشي[٢]من الشافعية بأنه: (قلب كل واحد من العوضين لصاحبه) [٣] . وعرفه أيضا السيوطي[٤] من الشافعية حيث قال : (قال ابن السبكي[٥] : الفسخ حل ارتباط العقد)[٦] .

٤ – **الحنابله** : عرفه المرداوي[٧] من الحنابلة فقال : (الفسخ عندنا رفع للعقد من حينه) [١].

شرح تنقيح الفصول ، اليواقيت في أحكام المواقيت ، الأجوبة الفاخرة في الرد على الاسئلة الفاجرة،الخصائص في قواعد العربية. الزركلي ،**الأعــلام** ،ج١ ، ص٩٠ .

(١) احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي (٧٢٣ هــ) ، **الفروق في أنوار البروق وأضواء الفروق** ،ج ١، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٨ هــ – ١٩٩٨ م ، ص٤٤٣ .

(٢) **الزركشي** : هو أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي ، عالم بالفقه الشافعي والأصول ، تركي الأصل ، مصري المولد ، ولد سنة (٧٤٥هــ) في مصر وفيها توفي سنة (٧٩٤هــ) له تصانيف عديدة منها : لقطة العجلان ، البحر المحيط ، إعلام الساجد بأحكام المساجد ، ربيع الغزلان في الأدب . الزركلي ، **الأعــلام** ، ج٦،ص ٦٠ .

(٣) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي(٧٩٤هــ)، **المنثور في القواعد** ، تحقيق : محمد حسن محمد اسماعيل ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هــ– ٢٠٠٠م، ص١٩٦ .

(٤) **السيوطي** :(٨٤٩هــ – ٩١١ هــ)، هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سيف الدين الخضيري السيوطي جلال الدين ، فقيه شافعي مؤرخ ، وأديب مصري ، اعتزل الناس وكأنه لا يعرفه احد له نحو ستمائة مصنف منها : الإتقان في علوم القرآن ، الأحاديث المنيفة ، الأشباه والنظائر في العربية ، تفسير الجلالين ، التحبير لعلم التفسير ، الزركلي ، **الأعــلام** ، ج٣ ، ص٣١٠

(٥) **ابن السبكي**(٧٢٧-٧٧١هــ=١٣٢٧-١٣٧٠ م) : هو عبد الوهاب بن عبد الكافي السبكي ، أبو نصر قاضي القضاه ، مؤرخ ولد في مصر في القاهرة وانتقل إلى دمشق مع والده وسكن فيها وتوفي أيضا فيها ، نسبته إلى سبك من أعمال المنوفية في مصر ، كان طلق اللسان قوي الحجة تولى قضاء القضاة في الشام وعزل منه وتعصب عليه شيوخ عصره فتهموه بالكفر واستحلال شرب الخمر ، توفي بالطاعون في دمشق سنة ١٣٢٧ هــ – ١٣٧٠ م من مصنفاته : جمع الجوامع في أصول الفقه ، منع الموانع ، ترشيح التوشيح، وترجيح التصحيح في فقه الشافعية،الطبقات الكبرى، الوسطى والصغرى في الشافعية . عبد الرحيم الاسنوي ، **طبقات الشافعية** ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، ط١ ، ج١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هــ– ٢٠٠١م ، ص٣٥١ .

(٦) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١هــ) ، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٣ هــ– ١٩٨٣ م ، ص٨٠٧ .

(٧) **المرداوي** (٧١٧-٨٨٥هــ=١٤١٤-١٤٨٠م):علي بن سليمان بن احمد المرداوي الدمشقي ، فقيه حنبلي ولد في مردا قرب نابلس وانتقل إلى دمشق من كتبه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف .

وعلى ما سبق فإن معنى الفسخ في اللغة لا يخرج عن معناه في الاصطلاح، بل يتفق معه في أن المراد منه هو نقض العقد وإزالة ما يترتب عليه من الأحكام ، فيشترك المعنيان في النقض والإزالة ورفع الحكم ، وهذا هو معنى مطلق الفسخ أو الفسخ بشكل عام ، أما ما يتصل مع موضوعنا الذي نحن بصدد الحديث عنه وهو معنى فسخ الزواج أو فسخ عقد النكاح فإن الناظر في المؤلفات الفقهية التي اطلعنا عليها لا نجد تعريفا واضحا لفسخ الزواج، وكما يبدو أن الفقهاء يرجعون في ذلك إلى تعريف الفسخ بوجه عام ، أما بالنسبة للقوانين العربية فنجد هناك محاولة لوضع تعريف لفسخ الزواج في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر في سنة ١٩٨٥ حيث خص هذا المشروع في المادة ١٣٥ منه بتعريف فسخ الزواج على النحو الآتي :

فسخ الزواج :(هو رفع عقده باتفاق الزوجين أو حيث لا يكون لازما أو حيث يمنع الشرع استمرار الزوجية)[٢] .

وعرفه الأستاذ عبد الفتاح أبو العينين بأنه: (نقض العقد بسبب أمر اقترن به فجعله فاسدا أو جعله غير لازم أو بسبب أمر طرأ عليه فأوجب إنهاءه)[٣].

ففسخ النكاح نقض للعقد، أي عقد الزواج ورفعه وعدم استمراره بين الزوجين لحادث وسبب من الأسباب ومعنى اقترن به فجعله فاسدا، كما لو ظهر انه كان متزوجا من أخته من الرضاعة وكما لو كان العقد بغير شهود أو تزوج امرأة وهي في العدة ، ومعنى جعله غير لازم كالفرقة لعدم الكفاءة أو لخيار البلوغ والإفاقة ، ومعنى بسبب أمر طرأ عليه فأوجب إنهاءه كالفرقة بسبب الردة . ويفهم مما سبق من تعريف للفسخ أن فسخ الزواج يرفع عقده في الحالات التالية :

١ – حيث لا يكون عقد الزواج لازما : ومعنى ذلك أن يملك احد طرفيه أو كلاهما حق فسخه بعد تمامه، وذلك لأن عدم اللزوم يرفع عن العقد قوته للإستمرار

---

(١) علاء الدين بن أبي الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي (٨١٧هـ) ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، حققه محمد حامد الفقي ، الطبعة الثانية ، ج٤ ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت، ص٤٨١ .

(٢) محمد سلامه مذكور، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، ص٢٠٥ .

(٣) عبد الفتاح أبو العينين ، **الإسلام والأسرة** ، ص ١٥٠ .

ولتحقيق الأهداف المنوطة به ، ويكون العقد غير لازم لأحد الزوجين أو كليهما، مثلا إذا وجد عيب أو مرض من الأمراض التي تجيز الفسخ لأحدهما ، أو إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأصل والفرع أو كان أحدهما معروفا بسوء الاختيار .

٢ - حيث يمنع الشرع استمرار الزوجية : ويكون الزواج عرضة للفسخ بحكم الشرع إذا كان سببه مرافقا لنشوء العقد كنكاح الشغار ونكاح المتعة ونكاح المحلل، أو كان سببه طارئا على نشوء العقد مثل ردة زوجين مسلمين أو أحدهما أو إسلام الزوجة الكافرة وبقاء زوجها على الكفر وما شابه ذلك [(١)].

بعد أن عرضنا تعريف الفرقة وتعريف الفسخ في اللغة والاصطلاح وتحديد المقصود من فسخ الزواج وبيان معناه فإن هذه التراكيب بمجموعها - **الفرقة التي تعد فسخا** - تعني :- (هي ما يكون من التفريق بين الزوجين فسخا لعقد الزواج ونقضا له ، واعتباره كأن لم يكن) فالفرقة التي تعد فسخا بمجموعها لا تخرج عن كونها انحلال للرابطة بين الزوجين وتباعدهما وافتراقهما ، وهذا التباعد فسخ لعقد الزواج ونقض له ، إذ أن الفرقة بين الزوجين إما أن تكون طلاقا وإما أن تكون فسخا .

---

(١) عوض بن مبارك بن شحنة ، **الفسخ للعيب في الفقه والقانون** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة عدن ، اليمن ، ٢٠٠١م ص ٩-١٠.

ولتحقيق الأهداف المنوطة به ، ويكون العقد غير لازم لأحد الزوجين أو كليهما، مثلا إذا وجد عيب أو مرض من الأمراض التي تجيز الفسخ لأحدهما ، أو إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأصل والفرع أو كان أحدهما معروفا بسوء الاختيار .

٢ – حيث يمنع الشرع استمرار الزوجية : ويكون الزواج عرضة للفسخ بحكم الشرع إذا كان سببه مرافقا لنشوء العقد كنكاح الشغار ونكاح المتعة ونكاح المحلل، أو كان سببه طارئا على نشوء العقد مثل ردة زوجين مسلمين أو أحدهما أو إسلام الزوجة الكافرة وبقاء زوجها على الكفر وما شابه ذلك [١].

بعد أن عرضنا تعريف الفرقة وتعريف الفسخ في اللغة والاصطلاح وتحديد المقصود من فسخ الزواج وبيان معناه فإن هذه التراكيب بمجموعها – **الفرقة التي تعد فسخا** – تعني :- (هي ما يكون من التفريق بين الزوجين فسخا لعقد الزواج ونقضا له ، واعتباره كأن لم يكن) فالفرقة التي تعد فسخا بمجموعها لا تخرج عن كونها انحلال للرابطة بين الزوجين وتباعدهما وافتراقهما ، وهذا التباعد فسخ لعقد الزواج ونقض له ، إذ أن الفرقة بين الزوجين إما أن تكون طلاقا وإما أن تكون فسخا .

---

(١) عوض بن مبارك بن شحنة ، **الفسخ للعيب في الفقه والقانون** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة عدن ، اليمن ، ٢٠٠١م ص ٩–١٠.

المطلب الثالث: ضابط اعتبار الفرقة فسخا عند الفقهاء .

بعد أن عرفنا معنى الفسخ لغة واصطلاحا ، نعرض الآن ضابط اعتبار الفرقة فسخا عند الفقهاء ونوع الفرق التي تعد فسخا عندهم وذلك كما يلي :

أولا" : الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن كل فرقة كان سببها الزوجة ونشأت من قبلها دون أن تمثل الزوج فيها بالإنابة ، ولا يكون لهذا السبب مثيل من جانب الزوج كانت الفرقة عندهم فسخاً (١).

وعلى ذلك فالفرق التي تعد فسخا عند الحنفية ما يلي :

١ – كل فرقة مرجعها خللٌ في عقد الزواج عند إنشائه، كأن يكون العقد بلا شهود أو كان بمحله مانع من موانع الحل .

٢ – كل فرقة مرجعها سبب طارئ يمنع بقاء العقد كتمكين الزوجة ابن زوجها من نفسها .

٣ – التفريق لعدم الكفاءة لابتناء العقد ابتداء على ضرب من الخلل يرجع إلى الرضا وعدم توفره .

٤ – التفريق للغبن في المهر أو لنقصان المهر المسمى عن مهر المثل .

٥ – التفريق لردة الزوجة أو لإبائها الإسلام .

٦ – التفريق لردة الزوج.

٧ – التفريق لخيار البلوغ .

ثانياً : المالكية : ذهب المالكية إلى أن كل فرقة تكون من نكاح متفق على فساده فالفرقة فيه فسخ عندهم وإن كانت من نكاح صحيح ، والصحيح عندهم هنا ما كان صحيحا عندهم أو عند غيرهم تكون الفرقة فيه طلاق ، وأما ما اتفق على فساده فالفرقة فيه فسخ دون النظر إلى جهة الصدور من جهة الزوج أو الزوجة، أضف إلى ذلك ضابطا آخر عندهم وهو : أن الإعتبار في كون الفرقة فسخا أو طلاقا هو

---

(١) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢، ص ٦٥٣ . محمد أمين بن عابدين ، **رد المحتار على در المختار (حاشية ابن عابدين)** ،ج٨ ، ص ٢٣٧ . برهان الدين علي بن أبي بكر المرغياني (٥٩٣ هـ) ، **الهداية شرح بداية المبتدى** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، مطبعة مصطفى الحلبي مصر ، ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠ م ، ص٢٧٩ . احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ،ص ١٠١

السبب الموجب للتفريق، فإن كان راجعا إلى الزوجين لو أرادا الإقامة على الزوجية معه لم يصح و كان فسخا [١].

فقد روي عن الإمام مالك روايتان ذكرهما ابن رشد في بداية المجتهد :

١ - إن النكاح إذا كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه ، وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق ، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها ، والمحرم ، فالفرقة بعد ذلك على هذه الرواية طلاق لا فسخ .

٢ - إن الإعتبار في ذلك للسبب الموجب للتفريق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أرادا الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا، مثل نكاح المحرمة بالرضاع ، أو النكاح في العدة ، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا [٢].

وبناء على ذلك ففرق الفسخ عند المالكية ما يلي :

١ - الفرقة بفساد العقد إذا كان هذا الفساد مجمعا عليه لدى الفقهاء كنكاح المتعة، إذ إن خلاف الجعفرية في ذلك لا قيمة له لسقوط دليله وإجماع المسلمين على رفضه [٣].

٢ - الفرقة بسبب حرمة الرضاع الطارئ .

٣ - الفرقة بسبب الملاعنة بين الزوجين .

٤ - الفرقة بسبب السبي .

٥ - الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين الكافرين وإباء الآخر عن الإسلام .

ثالثاً : الشافعية والحنابلة : كنا قد ذكرنا من قبل أن الشافعية والحنابلة قد اتفقوا فيما بينهم على مناط واحد يفرقون فيه بين ما يعتبر فسخا وبين ما يعتبر طلاقا من أنواع الفرق عندهم وهو : أن كل فرقة بين الزوجين إنما تعد طلاقا إذا أوقعها الزوج أو

---

(١) مالك ابن أنس الاصبحي ١٧٩هـ، **المدونة الكبرى** ، ج٢ ، ص١٥٣ ، احمد بن محمد بن الدردير ، **الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، ج٢ ، ص٣٨٨ ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي . (٩٥٤هـ) ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** ، ج٥ ، ص٩٠ .

(٢) محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، ٥٩٥ هـ ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٣٦٤ .

(٣) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص١٠١ .

نائبه بالألفاظ الدالة عليها ، وفيما عدا ذلك تكون فسخا، وعليه ففرق الفسخ عندهم ما يلي[١] :

١ – الفرقة بسبب الملاعنة بين الزوجين .

٢ – الفرقة بسبب عيب في احد الزوجين من العيوب التي تستوجب الفسخ بطلب السليم منهما .

٣ – الفرقة بسبب الإعسار عن أداء المهر المعجل من قبل الزوج .

٤ – الفرقة بسبب الإعسار عن أداء النفقة سواء أكان الزوج غائبا أو حاضرا .

٥ – الفرقة بسبب عدم توفر شرط مشروط في العقد ، وذلك عند الحنابلة فقط ، إذ إن الشافعية لا يرون الفرقة بسبب ذلك .

٦ – الفرقة بسبب إباء احد الزوجين الإسلام بعد إسلام الآخر .

٧ – الفرقة لردة أحد الزوجين .

٨ – الفرقة بسبب عدم الكفاءة في الزوج .

٩ – الفرقة لفساد النكاح في بدايته .

١٠ – الفرقة بسبب قيام حرمة مانعة من استمرار الحياة الزوجية كالرضاع والمصاهرة .

رابعاً : عند الظاهرية[٢] : يذهب الظاهرية إلى أن كل فرقة تمت بين الزوجين هي فرقة بطلاق سوى :

١ – الفرقة بسبب اللعان .

٢ – الفرقة بسبب اختلاف الدين .

٣ – الفرقة بسبب الرضاع المحرم بين الزوجين .

فالظاهرية يعتبرون أن هذه الفرق التي ذكرت من قبل هي فرق فسخ عندهم لا طلاق ، فلا يوجد ضابط محدد ومعروف لدى الظاهرية يحددون على أساسه نوع

---

(١) الزركشي ، **المنثور في القواعد** . ج٢ ،ص١٥٥. الشيرازي ، **المهذب في فقه الشافعي** ، ج٤،ص ٢٥٨. ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠،ص ٧٠. مجد الدين أبو البركات ، **المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل** ، ج٢،ص ٣٠.

(٢) ابن حزم الظاهري ، **المحلى**، ج١٠، ص١٤٢ .

الفرقة وطبيعتها ، هل هي فسخ أم طلاق .والملاحظ أن الفقهاء من الحنفيه والشافعية الحنابلة اتفقوا على أن كل ما يصدر من الزوج أو عنه يعد طلاقا ، وأن كل ما يصدر من جهة الزوجة يعد فسخا ، أما المالكية والظاهرية فلكل منهما مناطه الخاص به ولا اتفاق بينهم وبين المذاهب الأخرى .

المطلب الرابع : الفرقة التي تعد فسخا في قانون الأحوال الشخصية الأردني

لم يحدد قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادة قانونية منفصلة ومستقلة ما يعدُ فسخا من فرق الزواج ، وإنما عرض الفرق بين الزوجين ثم حكم عليها بناءً على ما استنبطه واضعوه من الفقه الإسلامي ،ومستمدين أحكامهم من الراجح من المذاهب الفقهية دون تخصيص مذهب فقهي معين .

ولذلك كان لابد من الإشارة إلىأنه لا بد لواضعي قوانين –الأحوال الشخصية– من التنبه إلى أمر أغفلته، وهو التفريق بين الفسخ والطلاق على اعتبارهما محصلة الفرقة بين الزوجين ولذلك يقترح الباحث إضافة مادة قانونية تقضي ببيان الفسخ ومعناه وأنواع ما يعد فسخا من فرق الزواج ،لاختلاف الآثار المترتبة على كل من الفسخ والطلاق باعتبارهما محصلة الفراق بين الزوجين .وهذا كله قد يندرج تحت المادة (١٨٣) من القانون والتي نصت على الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان عند عدم ورود نص قانوني يبين ذلك ، ومما يجدر ملاحظته عدم اقتصار القانون على رأي الحنفية ،وخصوصا في مسائل التفريق بين الزوجين وفرق الزواج، وعدوله عن رأي الحنفية في كثير من الأحيان إلى رأي غيرهم من الفقهاء بما يتناسب ويتوافق مع روح العصر ومعطياته ، وخصوصا في المسائل المتعلقة بهذا الموضوع، لذلك كان لابد من نص قانوني بين ذلك وينص عليه .وسنقوم في هذا المطلب بعرض فرق الفسخ في القانون الأردني حسب ترتيبها فيه ،مراعين التسلسل للمواد القانونية وذلك كما يلي :

١ – الفسخ لعدم الوفاء بالشروط[١] :

---

(١) أخذ القانون في هذه المسألة بمذهب الإمام أحمد بن حنبل الذي توسع في مسألة الشروط وما يتعلق بها والذي يقضي بصحة الشروط في عقد الزواج،حيث قسم الحنابلة الشروط إلى ثلاثة أقسام : =

حيث نصت المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية على مايلي : إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لما يلي :

- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حقوق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحا ولازما فإن لم يف به فسخ العقد بطلب من الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوق الزوجية .
- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا، ولا يمس حقوق الغير، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحاً ولازما، فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها .
- أما إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة

القسم الأول: الشروط الصحيحة ، أو ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود بالنفع على أحدهم كأن تشترط أن لا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من دارها ،أو أن لا يسافر بها، وغيرها من الشروط ، وهذا النوع يلزم الوفاء به، وان لم يفعل أحدهما يفسخ النكاح . **القسم الثاني** : ما يبطل به الشرط ويصح به العقد ، ومثال ذلك : كأن تتزوج ويشترط أن لا مهر لها ، أو أن لا ينفق عليها ، أو أن لا يطأها، أو أن يعزل عنها ، وهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي المقصود من النكاح ؛ ولأنها تتضمن إسقاط الحقوق التي تجب في العقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، وأما العقد في نفسه فصحيح . **القسم الثالث** : وهي الشروط التي يبطل معها عقد النكاح من أصله ، مثل تأقيت الزواج كنكاح المتعة ، أو أن تشترط تطليقها في وقت معين، فهذه وغيرها شروط باطلة يبطل معها النكاح أيضا، وأخذ القانون أيضا بقول الحنفية والحنابلة بإبطال الشروط التي تنافي مقاصد الزواج ، أو تلزم الطرف الآخر بمحظور شرعي ، واعتبر العقد صحيحا إلا انه اعتبر الشرط باطلاً وهذا ما ذهب إليه الحنابلة والحنفية في القسم المتعلق بهذه الشروط . انظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩،ص ٤٨٣وما بعدها . بهاء الدين المقدسي، **العدة شرح العمدة** ،ص ٣٧٨. محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، ص ١٢٥-١٢٦.. التكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص ٥٨ عمر الأشقر ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص ١٠٤-١٠٥. أحمد ملحم سالم ، **الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ٣٤ .

الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحاً . والفرقة الواقعة بسبب عدم الوفاء بالشرط الثابت بالعقد فرقة بالفسخ .

٢ - {الفسخ لعدم الكفاءة} : نصت المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي :"إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ،ثم تبين انه غير كفؤ فلا يبقى لأحد منهما حق الإعتراض .أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج انه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ ،فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج .أما إذا كان كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ ".

ونصت أيضا المادة (٢٢) على أنه :" إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر، ثم ظهر لها ولي ينظر ،فإذا زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل ، وإن زوجت نفسها من غير كفؤ فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح ".

وعلى ضوء النصوص القانونية السابقة نرى بأن قانون الأحوال الشخصية قد صرح بفسخ النكاح لعدم الكفاءة ، ضمن ضوابط وقيود. ففي المادة (١٢٧) لا يجوز فسخ النكاح إذا لم تشترط الكفاءة في العقد ، وعلى ذلك لا يحق للزوجة أو وليها الإعتراض إذا لم تكن الكفاءة مشروطة في عقد النكاح،أما إذا اشترطت في عقد النكاح وعدمت فيجوز الفسخ ، ولقد توجت المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية ذلك عندما نصت على أنه :يحق للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه، أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج .

٣ - الفسخ بسبب العيوب : اعتبر قانون الأحوال الشخصية الأردني أن التفريق بسبب العيوب سواء كان من الزوج أو من الزوجه يعد فسخا وهو حق لكل من الزوجين ، فيحق للزوجة طلب التفريق إذا وجدت الزوجة عيبا يحول دون الوصول إلى مقصد الزواج ، فقد نصت المادة (١١٣) من القانون على أنه : للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين

زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصي ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن .

وهو أيضا – طلب التفريق للعيب – حق للزوج إذا وجد في الزوجة علة لا يمكن المقام معها ، فقد نصت المادة (١١٧) على أنه : للزوج حق طلب الفسخ إذا وجد في زوجته عيبا جنسيا مانعا من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضا منفرا بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا .

والملاحظ أن قانون الأحوال الشخصية قد عني بالتفريق للعيوب حيث وردت هناك أكثر من مادة قانونية تبين العيوب التي تجيز الفسخ،وطرق إثباتها الا أنه لم يصرح بأن الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب هي فرقة فسخ، وإن تضمن هذا المعنى النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ولهذا كان لا بد من إضافة مادة قانونية صريحة بذكر نوع الفرقة بسبب العيوب .

٤ –(التفريق بسبب الجنون) : وهي مادة منفصلة عن موضوع العيوب ولذلك أفردت في مادة ونص قانوني خاص بها، ولم تذكر ضمن العيوب، ولم يصرح القانون بنوع الفرقة التي تكون ناتجة عن سببها، فقد نصت المادة (١٢٠) على ما يلي : إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم يزل الجنون في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق [1].

٤ –(فسخ النكاح في الإعسار في دفع المهر) : نصت المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي : إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه ، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج ،والقاضي يمهله شهرا، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما ، أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل إقامه ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فانه يفسخ بدون إمهال [2].

---

(١) المادة (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦ .

(٢) المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦ .

زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصي ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن .

وهو أيضا – طلب التفريق للعيب – حق للزوج إذا وجد في الزوجة علة لا يمكن المقام معها ، فقد نصت المادة (١١٧) على أنه : للزوج حق طلب الفسخ إذا وجد في زوجته عيبا جنسيا مانعا من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضا منفرا بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا .

والملاحظ أن قانون الأحوال الشخصية قد عني بالتفريق للعيوب حيث وردت هناك أكثر من مادة قانونية تبين العيوب التي تجيز الفسخ،وطرق إثباتها الا أنه لم يصرح بأن الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب هي فرقة فسخ، وإن تضمن هذا المعنى النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ولهذا كان لا بد من إضافة مادة قانونية صريحة بذكر نوع الفرقة بسبب العيوب .

٤ –(التفريق بسبب الجنون) : وهي مادة منفصلة عن موضوع العيوب ولذلك أفردت في مادة ونص قانوني خاص بها، ولم تذكر ضمن العيوب، ولم يصرح القانون بنوع الفرقة التي تكون ناتجة عن سببها، فقد نصت المادة (١٢٠) على ما يلي : إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم يزل الجنون في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق [١].

٤ –(فسخ النكاح في الإعسار في دفع المهر) : نصت المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي : إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه ، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج ،والقاضي يمهله شهرا، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما ، أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل إقامه ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فانه يفسخ بدون إمهال [٢].

---

(١) المادة (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦ .

(٢) المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦ .

المبحث الثالث : الألفاظ ذات الصلة بالموضوع

المطلب الأول : الفسخ والطلاق وأوجه الشبه والفرق بينهما

المطلب الثاني : الفسخ والإنفساخ والتفاسخ .

المطلب الثالث : الفسخ والبطلان .

المطلب الأول : الفسخ والطلاق ووجه الشبه والفرق بينهما .

قبل التحدث عن أوجه الافتراق – الفرق- بين الطلاق والفسخ باعتبارهما محصلة الفرقة بين الزوجين ، والتي قد أشرنا من قبل إلى أنها قد تكون طلاقا أو فسخا، كان لا بد لنا من ذكر أوجه الإتفاق بينهما حتى يبرز الفرق جليا بعد ذلك .

فيتفق كل من الطلاق والفسخ في أنهما ينهيا الرابطة بين الزوجين ويقطعا الحياة الزوجية بينهما . ويتفق أيضا كل من الطلاق والفسخ على اعتبار اثرهما في أن كل منهما يوجب العدة على الزوجة إذا وقع الطلاق أو الفسخ بعد الدخول ويثبت المهر للمرأة لأنه استقر بالدخول [١].

أما أوجه الفرق بين الطلاق والفسخ فتبرز بما يلي :

أولا": من حيث الناحية اللغوية : سبق القول أن معنى الفسخ في اللغة يتضمن النقض والرفع والإزالة، والطلاق أيضا من معانية اللغوية الحل والإنحلال، والملاحظ أن هذين المعنيين قريبان ،ولكن هناك فارق بينهما دقيق، وهو أن الفسخ يفيد حل الشيء حلا نهائيا، ورفعه بمعنى إنعدامه إنعداما تاما كأن لم يكن ، أما الطلاق فيشعر بحل الشيء حلا جزئيا بمعنى إيقاف مفعوله مؤقتا ، فعند قولنا : أطلق الأسير فهذا لا يعني إعدام قيده تماما بل يعني رفع القيد عنه فقط ، ولكن عند قولنا فسخت الثوب فهذا يعني زواله نهائيا أو تغير صورته وتحوله إلى صورة أخرى غير الأولى [٢].

ثانيا" : من حيث حقيقة وطبيعة كل منهما ، فالفسخ حلٌ ونقضٌ للعقد وللرابطة العقدية من أساسها، وإزالة للحل الذي يترتب عليه، وإنهاء العلاقة الزوجية في الحال وعدم استمرارها واعتبارها كأن لم تكن ، أما الطلاق فإنه إنهاء للعقد بلفظ خاص يترتب عليه نقصان الحل إن كان الطلاق رجعيا أو بائنا بينونة صغرى، أو زواله

---

(١) محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص٢٩١ .

(٢) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص٧٠ .

إن كان بائنا بينونة كبرى ، فهو لا يزيل الحل بين الزوجين كاملا إلا بعد البينونة الكبرى – الطلاق الثلاث– [١].

ثالثا" : من حيث الأسباب : الفسخ لا يكون الا لأسباب حددتها الشريعة، سواء أكان مقترنا منها بإنشاء العقد كما في العقد الفاسد أو خيار البلوغ والإفاقة ، وإما عارضا على العقد بعد قيامه كردة أحد الزوجين، أو ارتكابه مع احد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، فأسبابه واضحة وظاهرة وإن اختلف الفقهاء في حصرها كل حسب ضابطه واعتباره ، أما الطلاق الذي هو إنهاء للعقد فسببه صدور لفظ الطلاق من الموقع له إما صريحا أو كناية، وهو حق من حقوقه فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج، فهو يرجع إلى أسباب خارجية وعوامل لا صلة لها بصلب العقد بخلاف الفسخ، فهو إيقاف لاستمرار آثار العقد دون أي سبب من تلك الأسباب –أي أسباب الفسخ– بل سببه الوحيد هو صدور اللفظ من الموقع له فهو خارجي – خارج عن العقد– [٢].

رابعا" : من حيث المحل : الطلاق لا يقع ولا يرد إلا على الزوجية الصحيحة القائمة على عقد الزواج الصحيح؛ وذلك لأن الطلاق كما ذكرنا من قبل هو إنهاء لعقد الزواج وتقرير لحقوقه السابقة ، فهو لا يكون إلا في نكاح صحيح ،لا بل هو أثر من آثار الزواج الصحيح التي قررها الشارع ،وحتى لو اشترط الزوجان في العقد على أن لا يطلق الزوج زوجته كان الشرط لاغيا ، لأنه مناف لمقتضى العقد فهو حق من حقوق الزوج ، أما الفسخ فإنه كما يرد على عقد الزواج الصحيح فإنه يرد أيضا على العقد الفاسد ، فهو عارض يمنع بقاء الزوجية دون إقرار الحقوق الناتجة عنها

---

(١) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الطبعة الأولى ، ج٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م ، ص٣٤٨ .عبد الفتاح أبو العينين ، **الإسلام والأسرة** ، ج٢ ، ص ٥ .محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٧ . محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** ، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية ، بيروت ،١٤٠٣هـ – ١٩٨٣ م ص٤٨٣ – ٤٨٤ .

(٢) محمد عقله ، **نظام الأسرة** ، ج٢ ، ص ٢٥٠ .محمود علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٧–١٨ . احمد الحجي الكردي ، **فسخ النكاح** ، ص ٧٢ . محمد مصطفى الشلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، ص٤٨٤ . عبد الفتاح أبو العينين ، **الإسلام والأسرة** ، ج٢ ، ص٥ .

الثابتة قبل الفسخ .وخلاصة القول أن الطلاق محله العقد الصحيح فقط أما الفسخ فمحله العقد الصحيح وغيره أيضا [(١)].

خامسا" : **من حيث الآثار المترتبة على كل منهما** : يختلف الطلاق والفسخ من حيث الآثار الناتجة عن كل منهما اختلافا كبيرا وواسعا؛ فالفسخ لا ينقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، فلو تزوج رجل بامرأة في عقد صحيح ثم فسخ النكاح بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ ، ثم عاد الزوج إلى زوجته ثانية بعقد صحيح ملك الطلقات الثلاث ولم ينقص الفسخ شيئا ، بعكس الطلاق فقد منحت الشريعة الإسلامية الزوج ثلاث تطليقات على كل امرأة يتزوجها، فإذا أوقع عليها الطلقة الأولى ثم راجعها في العدة أو عقد عليها بعد انتهاء العدة يبقى للزوج طلقتان ، فإذا طلقها الثانية ثم راجعها في العدة أو عقد عليها بعد انتهاء العدة يكون الباقي طلقة واحدة ، فإذا طلقها الثالثة بانت منه بينونة كبرى[(٢)] .

وهناك أيضا فروق جلية وواضحة بين الفسخ والطلاق من حيث الآثار المترتبة عليهما سواء كانت فيما يتعلق بالمهر أو في النفقة، ولكن لن نتعرض لها في هذا المبحث، بل ستكون في مبحث خاص إن شاء الله عند الحديث عن آثار الفسخ .

سادسا" : من حيث صدور كل منهما : الطلاق لا يكون أصلا الا من الزوج أو من وكيله، أو من الزوجة إن فوضت به من الزوج أو من القاضي ، أما الفسخ فلا يكون أصالة من الزوج بل يتعداه إلى الزوجة والقاضي، فتكون هي أصيلة في طلب الفسخ.

---

(١) محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص٢٩٠ .المرسي عبد العزيز السماحي ، **بحوث في فرق النكاح الدائرة بين الفسخ والطلاق** ، مطبعة الفجر الجديد ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ٦ . عبد الرحمن الصابوني ، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري** ، ج٢ ، ص١٥ .

(٢) معوض عبد التواب ، **موسوعة الأحوال الشخصية** ، الطبعة الرابعة ، ج ١ ،دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٧٧ . احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٧٤ . محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص٢٩١ وما بعدها .

المطلب الثاني : الفرق بين الفسخ والانفساخ و التفاسخ .

بداية نذكر الفرق بين الفسخ و الانفساخ إذ قد يفهم منهما معنى واحد إلا أن هناك فرق بينهما يتضح بما يلي :

إن الفسخ قد يكون من عمل المتعاقدين أو أحدهما ، بينما الانفساخ قد يكون أثرا من آثار الفسخ أو نتيجة لعوامل أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين، كاختلال شرط المحلية أو ارتكاب ما يوجب حرمة المصاهرة ، فإذا كان الإنحلال أثرا للفسخ بمعنى أن الانفساخ أثر للفسخ كانت العلاقة بين الفسخ والإنفساخ علاقة السبب بالمسبب ، أما إذا لم يكن للإنفساخ أثر للفسخ فلا يوجد بينهما علاقة السببية التي قررها الفقهاء[1].

التفاسخ : هو اتفاق طرفي العقد بعد إبرامه على إزالته ، ويتميز التفاسخ عن الفسخ في أن التفاسخ يتم بتراضي الطرفين ، وأن هذا التراضي يتم بعد إبرام العقد ولا يلزم لوقوعه أن يكون قد حصل من أحد طرفيه إخلال بالتزامه ، وهو ما يسمى بالإقالة .

أما الفسخ فيقع إما بحكم القضاء أو الشارع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الفسخ يقع كجزاء لإخلال المتعاقدين بالتزاماتهم.وعلى ما تقدم نرى بأن عقد النكاح لا يلحقه التفاسخ بينما قد يعتريه الإنفساخ كأثر من آثار الفسخ، فعقد التفاسخ إذا عقد يبرم بقصد إزالة العقد الآخر مسبقا بإرادة من الأشخاص أنفسهم [2].

---

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الكويتية** ، ج٧، ص٢٦ . محمد احمد المستريحي ، **حكم التفريق بين الزوجين للعيوب سيما الوراثية** ، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي ، جامعة اليرموك في الفصل الأول ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م ، ص ٤٤ .

(٢) عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه** ، الطبعة الثانية ، دار منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٧ م ، ص ص ١٥ - ١٦ .

المطلب الثالث : الفرق بين الفسخ والبطلان .

البطلان في اصل اللغة يعني : إفساد الشيء وإزالته حقا كان ذلك الشيء أو باطلا ، نحو قوله تعالى: ((ليحق الحق ويبطل الباطل)) [١]، وقوله تعالى : ((أن هؤلاء متبرٌ ما هم فيه وباطل ما كانوا يعملون)) [٢] .

ويجري استخدام البطلان في مسائل عدة ، ففي العبادات نقول مثلا : بطلان الصلاة ، وبطلان الصوم ، ومعنى ذلك عدم صحتها ويبقى على المكلف إعادتهما. وفي المعاملات نقول : بطلان التصرف الشرعي من بيع وإجارة وهبة وزواج وطلاق ، ومعنى ذلك : عدم حصول آثارها المقررة لها شرعا بين الناس [٣] ، ويذكر الدكتور احمد الحجى الكردي عند حديثه عن البطلان ، أنه لما بدأت تتكون "لغة الفقه الإسلامي واصطلاحاته" ، اخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى علميا وتشريعيا جديدا ، فاستعملوه بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع ، بحيث يعد وجوده كعدمه لمخالفته ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه، فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف.ويعرف أيضا الدكتور احمد البطلان في الإصطلاح الفقهي بأنه : " تجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشارع "[٤] .

وما يهمنا هو أثر كل من الفسخ والبطلان على العقد والفروق بينهما بالنسبة للعقود، ومدى تأثر العقد بكل منهما ، فيبرز الفرق بينهما بما يلي :

١ – أن البطلان اعتبار العقد كأنه لم يوجد، بمعنى أن له وجودا حسيا فقط ، دون أن يكون له وجود اعتباري من حيث الآثار المترتبة على العقد في نظر الشارع ،فالعقد في حالة البطلان غير منعقد أصلا كمولود يولد ميتا . أما الفسخ فهو أثر لخلل يطرأ على العقد أو رافقه بعد وجوده مستجمعا أركانه وشروطه – شروط صحته – فيمنع دوامه ويحول دون استمرار وجوده .

---

(١) محمد بن عبد الرؤوف المناوي (١٠٣١هـ) ، **التعاريف (التوقيف على مهمات التعاريف)**، تحقيق : محمد رضوان ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م، ص ٣٠.

(٢) سورة الأعراف: آية (١٣٣)

(٣) مصطفى الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج ١ ، ص ٥.

(٤)احمد الحجى الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٥٣ .

٢ - أن البطلان لا يرد إلا على النكاح الباطل بخلاف الفسخ الذي لا يرد إلا على النكاح الفاسد أو الصحيح .

٣ - أن العقد الذي حكم عليه بالبطلان لا يمكن أن يعتريه أي أثر بخلاف الفسخ إذ قد يبقى له بعض الآثار [١].

---

(١)احمد الحجى الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٥٣ . عوض بن مبارك بن شحنة، **الفسخ للعيب في الفقه الإسلامي والقانون** ، ص ١٠-١١.

الفصل الثاني : أقسام فرقة الفسخ في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول : الفرقة المتفق على اعتبارها فسخا. (الفسخ لحق الشرع).

المطلب الأول : الفرقة بالفسخ لأسباب مقارنة للعقد وفيه أربع مسائل :

المطلب الثاني : الفرقة للفسخ لأسباب طارئة عن العقد وفيه ثلاث مسائل:

المبحث الثاني : الفرقة المختلف في كونها فسخا (الفسخ لحق احد الزوجين).

المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالنفقة أو المهر .

المطلب الثاني : الخلع .

المطلب الثالث :التفريق للعيب .

المطلب الرابع : اللعان .

المبحث الثالث : الفرقة بالفسخ من حيث حاجتها إلى القضاء.

المبحث الأول ::الفرقة المتفق على اعتبارها فسخاً. (الفسخ لحق الشرع) وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الفرقة بالفسخ لأسباب مقارنة للعقد وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى : الفسخ بسبب ظهور أن العقد غير صحيح .

ينقسم العقد باعتبار إقرار الشارع له وترتيب آثاره عليه وعدم ترتب الآثار على ذلك إلى قسمين :

١ - **العقد الصحيح** : وهو ما كان مشروعا بأصله ووصفه معا، بحيث يكون مستجمعا لجميع شروطه وأركانه وأوصافه فيترتب عليه المقصود منه [١].فالعقد الصحيح هو العقد الذي استكمل أركانه وشروط صحته، والذي يصبح بعد ذلك منتجا وتترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع ، فإذا ما استكمل العقد الأركان والشروط وخلا مما يفسده يكون العقد صحيحا في نظر الشارع .

٢ - **العقد غير الصحيح** : وهو ما لا يعتبره الشارع ولا يترتب عليه مقصوده وهو ما لا يكون مشروعا بأصله ولا بوصفه، أو ما كان مشروعا بأصله ولكن غير مشروع بوصفه [٢].

فجميع الفقهاء متفقون على اعتبار العقد غير الصحيح باطلا، ولم يخالفهم في ذلك إلا الحنفية الذين قالوا: بالتفريق بين البطلان والفساد في العقد غير الصحيح حيث جعلوا الفساد مرحلة ثالثة ووسطا بين البطلان والصحة، وعرفوا العقد الفاسد بأنه : (ما كان مشروعا بأصله دون وصفه) والباطل بأنه:(ما لا يكون مشروعا لا

---

(١) انظر: **مجلة الأحكام العدليه** ، مادة ١٠٩ ،١١٠، علي حيدر ، **درر شرح مجلة الأحكام** ، تعريب فهمي الحسيني ، ج١ د.ط ، مكتبة النهضة ، بيروت ، ص٩٤ .السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٦٦، والمادة ٣٢ من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦ . محمد عقلة، **نظام الأسرة في الإسلام** ،ج١ص٣٨٩.، حسن السمني ، **الوجيز في الأحوال الشخصية** ، ١٩٩٨، ص ٢٩٤

(٢) أبو البقاء الكفوي ، **الكليات** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣ هـ- ١٩٩٣ م ، ص٥٥٨ . سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي** ، ص ٢٨٥ .محمد عقلة، **نظام الأسرة في الإسلام** ،ج١ص٣٨٩، الصابوني ، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري** ، ص ٢٥٥. حسن السمني ، **الوجيز في الأحوال الشخصية** ، ١٩٩٨، ص ٢٩٤ .

بأصله ولا بوصفه) [١]. وعلى ذلك نرى أن الفارق الجوهري بين العقد الباطل والفاسد عند الحنفية؛ هو أن الباطل ما كانت فيه مخالفة لنظام التعاقد منصبة على ناحية جوهرية أساسية ، يعبرون عنها بأصل العقد كأن يفقد أحد أركان العقد أو شروط الإنعقاد فيه، والفاسد ما كانت المخالفة فيه منصبة على ناحية غير جوهرية في العقد ، بأن يكون مستوفيا أركانه وشروط انعقاده، ولكن نقصه شرط من شروط الصحة، أو لحق به من الشروط ما يعتبره الفقهاء مخالفة لمقتضى العقد [٢]. ولكن هل هذا التفريق شمل جميع أنواع العقود أم أنه اختص بنوع دون الآخر عند الحنفية؟

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا : إنه باستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية ، يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي :

إن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية . فيدخل في هذا الضابط ما يلي :

أ – عقود البيع، والإجارة، والرهن، والحوالة، والصلح عن مال ،والمخارجة والقسمة والشركة ، والمزارعة وأمثالها ، لأنها تنشئ التزامات متقاربة ، ويدخل أيضا عقد القرض والهبة؛ لأنهما ينقلان الملكية فكل ذلك ما يتميز فساده عن بطلانه ويعتبر مع الفساد منعقدا .

ب – ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى وهي :

١ – التصرفات الفعلية مطلقا .

٢ – التصرفات القولية التي ليست من قبل العقود بل من تصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق والوقف والإبراء والكفالة ، وكذلك الإقرار .

٣ – العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم لأنها من عقود التفويض .

---

(١) ابن نجيم ـ ، **الأشباه والنظائر في فروع الحنفية** ، ج٢ ، ص ١٩٤ . وانظر : ص ٣٣٧، طبعةمؤسسة الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦٨م.

(٢) احمد الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص١٠٥ –١١٦ .

٤ - العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة ، حتى أن الفقهاء لا يصورن الفساد في الإعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الإجارة.

فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا وجود وعدم، أو صحة وبطلان، وليس بينهما مرتبة ثالثة وهي الفساد، بل إن فسادها وبطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الإعتباري في نظر الشارع [١].

وعلى هذا فإن الحنفية الذين أنشأوا (نظرية الفساد) في العقود لا يميزون بين الفاسد والباطل في عقد النكاح، ولم ينسحب ضابطهم ليشمل جميع العقود، بل كان مستثنى من الفساد والبطلان واقتصروا فيها على أن الفساد يختص بالعقود المالية التي ينشأ عنها التزامات متقابلة بين المتعاقدين، أو التي تنقل الملكية فقط .

إلا أن هناك بعض الفقهاء المعاصرين ادعى بأن الحنفية يفرقون في النكاح بين الفاسد والباطل خلافا لما أثبته بعضهم[٢] حيث قالوا : (جاء في حاشية ابن عابدين ما نصه : وفي المحيط تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما لأنه وقع فاسدا ، وظاهره أنهما لا يحدان ، وأن النسب يثبت فيه والعدة إن دخل، ولكن سيذكر الشارح في آخر فصلة ثبوت النسب عن مجمع الفتاوى نكح كافرا مسلمة فولدت منه لا يثبت منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل، ومقتضاه التفريق بين الفاسد والباطل في النكاح) [٣] .

وعلى ذلك نجد أن هناك رأيان في مسألة الفساد والبطلان في النكاح عند الفقهاء تتلخص بما يلي :

الرأي الأول : قال أصحابه بأن عقد النكاح عند الحنفية يستوي فيه فاسده وباطله ، وأن نظرية الفساد عندهم خاصة بالعقود المالية التي ينشأ عنها التزامات مالية متقابلة بين المتعاقدين أو التي تنقل الملكية فقط ، ولقد ذكر الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا هذا الكلام ولقد سقناه من قبل ، وهذا أيضا ما نص عليه الأستاذ العلامة محمد أبو

---

(١) مصطفى الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، د . ط ، مطبعة الإنشاء ، دمشق ، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٥م ، ص ٦٨٢ -٩٨٣ .

(٢) كنت قد ذكرت أن الدكتور الزرقا لا يرى بان عقد النكاح يدخل ضمن نظرية الفساد والبطلان عند الحنفية ....

(٣) محمود البخيت ، **فسخ العقد وآثاره**، ص ٣٠٠.

زهرة حيث قال :(إن المحققين من الحنفية لا يرون ولا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد ونقل عن ابن الهمام في فتح القدير قوله : (أن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء)[١].

الرأي الثاني : وقال أصحاب هذا الرأي بأن التفريق بين فاسد العقد وباطله ينسحب ليشمل حتى عقد النكاح،يقول الدكتور أحمد الكردي ما نصه : (... ولكن من تتبع ما كتبة الحنفية في ذلك رأيت أن المسألة غير مسلم بها لديهم، بل هناك خلاف فيها، وإن منهم من يقول بالتفريق بين باطل النكاح وفاسده) [٢].

ولعل السبب الذي دعا بعض الفقهاء ليميزوا بين فاسد النكاح وباطله من خلال الاستقراء لما كتبوا ليس مجرد الانعقاد وجودا أو عدما، ولكن من حيث الآثار المترتبة على هذا العقد إذا حصل دخول فقط، حيث جاء في بعض الكتب ما نصه:(ولا فرق في الحكم بين الزواج الفاسد والباطل قبل الدخول الحقيقي حيث لا يترتب على العقد ذاته – فاسدا أو باطلا – أي أثر من آثار الزواج الصحيح. فلو اختلى زوج بزوجته التي تزوجها بعقد فاسد أو باطل فلا يترتب أي اثر على ذلك من نفقة أو مهر أو طاعة ولا حتى توارث بينهما ،ولا يجوز لهما البقاء على ذلك ويحرم الاستمتاع بينهما ، أما إذا دخل الرجل بمن تزوجها بعقد فاسد أو باطل دخولا حقيقيا وإن كان لا يحل له شرعا فإنه يترتب على هذا الدخول من آثار الزوجية ما يترتب على العقد الصحيح كوجوب العدة وثبوت النسب والمهر وحرمة المصاهرة...) [٣].

فيترتب على العقد الفاسد من آثار الزوجية الصحيحة على الرغم من عدم انعقاده ما لا يترتب على النكاح الباطل بعد الدخول .ولعل من بحث في هذا الموضوع من الفقهاء المعاصرين بحثا دقيقا ومحكما هو الدكتور احمد الحجى، والذي وفق بين

---

(١) ابن نجيم ، **الأشباه والنظائر** ، ص ٣٣٧. محمد أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية** ، ص ١٥٤ نقلا عن ابن الهمام . محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ص ١٣٣ . عمر الأشقر ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٣٨ .

(٢) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص١١٨ .

(٣) عمر عبد الله ، **أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية** ، د . ط ، دار المعارف مصر ، د. ت ، ص ١٢٧ .

الرأيين المتعارضين السابق ذكرهما توفيقا حكيما ومحكما ، نجمل ما فصل فيه بما يلي :

١ – إن كلا الفريقين من الفقهاء الذين قالوا بالتفريق بين فاسد النكاح وباطله والذين قالوا بالتسوية بينهما على حق، لأن كلا منهما يعني شيئا غير الذي يعنيه الآخر .

٢ – الذين قالوا بالتسوية كانوا يقصدون بالتسوية في أصل الانعقاد، فكلا العقدين – الباطل والفاسد غير منعقد – وبالتالي غير منتج للآثار التي رتبها الشارع بداية، أما إذا لحق هذا الانعقاد دخول فانه يتبين الفارق بينهما باختلاف الآثار وليس ذلك ناتجا عن العقد نفسه بل ناتجا عن الشبهة التي أثبتها ذلك العقد ، لأن الوطء بشبهة تثبت به الأحكام فلذلك تقرر لهم أن النكاح يستوي فيه فاسده وباطله .

٣ – الذين قالوا بالتفريق سلموا بأن أصل الانعقاد سواء في الفاسد والباطل ، ولكنهم لم يسلموا من حيث الآثار وهو وحده كافٍ للقول بالتفريق بين فاسد النكاح وباطله .

٤ – إن الفرق بين فاسد النكاح وباطله يظهر من زاوية واحدة فقط ، وهو كونه مثبتا لشبهة تزيل وصف الزنا عن الفعل أو غير مثبت لها .وهذا أيضا ما أشار إليه أيضا الدكتور السرطاوي في شرحه للأحوال الشخصية ،ونسبه إلى الأستاذ مصطفى الزرقا في بحث له لم يطبع في كتاب بعد [١]. حيث قال : (.. ولذا فإني أميل إلى تسمية العقد الذي فقد أحد مقوماته كما سبق بيانها في العقد الباطل ، وأن نفرق بين العقد الباطل الذي تترتب عليه بعض الآثار والباطل الذي لا يترتب عليه أثر فنسمي الأول : [الباطل المشتبه] وذلك لأن سبب ترتب بعض الآثار عليه قيام الشبهة، كشبهة خلاف العلماء ، أو شبهة العقد مثلا، ونسمي الثاني :[الباطل غير المشتبه] وهذا ما ذهب إليه أستاذنا مصطفى الزرقا في بحث له عن العقود الباطلة والفاسدة في النكاح) [٢]. ويرى الباحث أن هذا الرأي أقوى ، ثم إنه أقرب للصواب

---

(١) انظر محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٣٤ ، وقد أشار في الحاشية إلى أن البحث لم يطبع في كتاب وقال بأنه قد اطلع عليه من قبل الأستاذ نفسه إلا أنه البحث قد طبع .

(٢) انظر محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٣٤.

وتقتضيه الحاجة، إذ إن عقد الزواج يعتبر من العقود ذات الأهمية البالغة والتي ينبغي أن يحتاط فيها وخصوصا في مثل هذه المسألة .

الفرع الثاني :أنواع النكاح الباطل والفاسد عند الفقهاء .

أولا" :مذهب الحنفية (١). النكاح الباطل عندهم هو الذي وقع خلل في ركنه أو فقد شرطا من شروط انعقاده ، وذلك كزواج المحارم وزواج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بغير الكتابية ، وزواج امرأة الغير مع العلم بأنها متزوجة ، وزواج الصبي غير المميز بصيغة تدل على المستقبل .

وحكمه : أنه لا يترتب عليه أي أثر من آثار النكاح،ولا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب لها مهر ولا نفقة، ولا توارث ولا مصاهرة ، ويجب فيه عدم التمكين من الدخول ، وإن دخلا فرق القاضي بينهما، ويجب فيه الحد بالدخول عند جمهور الفقهاء متى كان الفاعل عالما بالتحريم، إلا أبا حنيفة فإنه لا يوجب فيه الحد لوجود الشبهة، بل يوجب المهر بالغا ما بلغ.

أما النكاح الفاسد عند الحنفية فهو ما فقد شرطا من شروط الصحة أو ماكان مشروعا بأصله دون وصفه وأنواعه هي :

١ - الزواج بغير شهود .
٢ - الزواج المؤقت ونكاح المتعة .
٣ - جمع أكثر من أربع نساء .
٤ - الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها .
٥ - زواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة .
٦ - نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل .

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج١ ، ص٣٦٢ . ابن نجيم ، **الأشباه والنظائر** ، ص ٣٣٧. وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج٧ ، ص١١٢ . الصابوني ، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٨٢ .مصطفى الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ج٢ ، ص٦٨٣ . محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

وحكمه قبل الدخول: أنه لا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية،ولا يحل فيه الدخول إلى المرأة ، ولا يجب لها نفقة ولا مهر، ولا تجب فيه عدة، ولا تثبت فيه حرمة المصاهرة، ولا يقع به توارث .

أما بعد الدخول فتترتب عليه الأحكام التالية :

١ - وجوب المهر: إذ يجب فيه الأقل من مهر المثل ومن المسمى ، فإن لم يكن المهر مسمى في العقد وجب مهر المثل، ووجوب المهر في النكاح الفاسد وإن كان في الأصل لا يجب لأنه ليس نكاحا حقيقة ، إلا أنه قد وجب بسبب الدخول؛لأن القاعدة الفقهية تقول : (كل وطء في الإسلام لا يخلو عن عَقْر أي: ـــ حد ـــ أو عُقرٍ أي : ـــ مهر ـــ) .

٢ - ثبوت نسب الولد من الرجل احتياطا لإحياء الولد .

٣ - ثبوت حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها ، ويحرم على الرجل أصول المرأة وفروعها .

٤ - وجوب العدة على المرأة من حين التفريق بينهما ، لأن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش، والفراش لا يزول قبل التفريق وعليه تجب العدة بعد الوطء لا الخلوة ، والعدة هي عدة الطلاق وهي ثلاث حيضات ، لا عدة الموت وهي أربعة اشهر، وتكون العدة من وقت التفريق من قبل القاضي ، أو من وقت تفرقهما لفسخهما أو فسخ أحدهما .

ثانيا " : مذهب المالكية [١]: النكاح الباطل والفاسد سواء عند المالكية، فهم لا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله، بل يعتبرونه بما وقع خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وينقسم عندهم إلى قسمين :

---

(١) ابن رشد القرطبي ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ص٤٨٢ . محمد بشير شقفة ، **الفقه المالكي في ثوبه الجديد** ، الطبعة الأولى ، ج٣ ، دار البشير ، جده، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م ، ص ٤٦٣ وما بعدها. ابن جزي المالكي ، **قوانين الأحكام الشرعية** ، ص٢٣٤ . ابن رشد القرطبي ، **المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات ولأمهات مسائلها المشكلات** ، الطبعة الأولى ، ج١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٢٥٤ . احمد بن محمد الصاوي المالكي ، **بلغة السالك إلى اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، الطبعة الأولى ، ج٢، الدار السودانية ، الخرطوم ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م ، ص٦٨٨ .الدر دير ، **الشرح الصغير** ، ج٢ ، ص ٦٩٣. صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، **الثمر الداني**

١ – قسم اتفق الفقهاء على فساده وفسخه قبل الدخول وبعده كنكاح محرمة العين.

٢ – قسم اختلفوا في فساده وسبب اختلافهم ضعف علة الفساد وقوتها ، والإمام مالك في هذا الجنس وذلك في الأكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعد الدخول كزواج المريض مرض الموت .

حكم النكاح الفاسد عند المالكية قبل الدخول : النكاح الفاسد حرام ويجب فسخه في الحال رفعا للمعصية ، وإذا تم الفسخ قبل الدخول فليس للمرأة شيء سواء كان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً فيه ؛ لأن القاعدة تقول : (كل نكاح فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه سواء كان العقد متفقا على فساده أم مختلفا فيه، وسواء كان الفساد بالعقد أو للصداق أو لهما) .

حكم النكاح الفاسد عند المالكية بعد الدخول : يقسم المالكية العقد الفاسد بالنسبة للإستحقاق الفسخ بعد الدخول إلى ثلاثة أقسام :

أ – قسم يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل فإذا طال الزمن لم يفسخ،وهن ثلاثة مسائل معروفة في الفقه المالكي : مسألة اليتيمة الصغيرة إذا زوجت مع فقد شروطها ، مسألة الشريفة تزوج في الولاية العامة مع وجود ولي خاص مجبر ، مسألة نكاح السر . والطول أي الزمن في اليتيمة والشريفة يكون بمرور ثلاث سنوات فأكثر أو بولادة بطنين والطول في نكاح السر حسب العرف .

ب – قسم يفسخ قبل الدخول لا بعده ، وذلك كما إذا تزوجها على شرط يناقض مقتضى الزواج، كأن شرط أن تأتيه الزوجة أو أن لا يأتيها هو إلا نهارا أو وقع النكاح بخيار يوم أو أكثر لأحدهما أو لهما معا ، أو لأجنبي أو وقع على شرط أنه إن لم يأتِ بالصداق لكذا فلا نكاح بينهما ، أو نكاح الشغار أو كون الصداق فاسدا أو لكونه لا ينتفع به أو غير مقدور على تسليمه أو مجهولا أو وقع شرط يناقض المقصود من الزواج كأن لا يقسم بينها وبين ضرتها .

شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ،١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م ص ٢٩٢وما بعدها.

جـ – قسم يفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده وإن طال . وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في محل العقد، كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة وزواج المتعة والزواج بأكثر من أربع زوجات والزواج بغير ولي أو بغير شهود ، ثم إن الفسخ يكون بطلاق وبغير طلاق،فكل نكاح اجمع على تحريمه فسخ بلا طلاق دخل أم لم يدخل، ولا يحتاج الفسخ فيه للحكم لعدم انعقاده أصلا ، وكل نكاح اختلف فيه فيكون فسخه بطلاق ويحتاج الفسخ فيه إلى حكم حاكم حيث امتنع الزوج من فسخه بنفسه ثم إن عاد بعده العقد صحيحا له طلقتان وإن عاد صحيحا قبل الدخول استمر على ما هو عليه .

الآثار المترتبة على النكاح الفاسد أو الباطل :

- تثبت حرمة المصاهرة بالدخول فيه أو بمقدماته إذا كان العقد مختلفا في فساده، وكذلك تثبت إذا كان العقد متفقا على فساده بشرط أن لا يعتبر زنى موجبا للحد، فإن اعتبر زنى موجبا للحد لا تثبت فيه حرمة المصاهرة .
- ثبوت المهر في الدخول فيه سواء كان متفقا على فساده أو مختلفا فيه، ويلزم فيه مهرمسمى إن كان وإن لم يكن المهر مسمى أو كان فاسدا لزم مهر المثل .
- ثبوت الإرث بين الزوجين في المختلف فيه، فلو مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر إلا في نكاح المريض فإنه مختلف فيه ولا إرث فيه سواء مات المريض أو الصحيح؛ لان علة فساده إدخال وارث في الشركة أما إذا كان متفقا على فساده فإنه لا إرث فيه لأنه نكاح غير منعقد .
- ثبوت النسب للولد من أبيه إن كان مختلفا في فساده، وكذلك إذا كان متفقا على فساده ولم يعتبر الوطء زنى كما لم يكن الرجل عالما بالحرمة، فإن كان عالما بالحرمة اعتبر زنى موجباً للحد فلا يثبت به النسب .

ثالثا" : مذهب الشافعية [١]. الباطلُ والفاسدُ عند الشافعية سواء غالبا ، فالباطل مختلف أحد أركانه ،وأما الفاسد فهو ما فقد شرطا من شروط الصيغة أو الولي أو

---

(١) الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ، ٥١٦هـ ، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق عادل احمد عبد الموجود ، علي محمد عوض ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ- ١٩٩٧ م ، ص٤٢٦ وما بعدها .أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ، ٩٢٦ هـ ، اسنى **المطالب شرح روضة**

الزوجين أو الشهود ، ومن الأنكحة الباطلة عندهم : نكاح الشغار ، نكاح المتعة ، نكاح المحرم بالنسك ،ونكاح المرأة التي عقد عليها اثنين ،وهذه الأنواع من الأنكحة لا حد فيها وتجب فيها العدة بالدخول ،ويثبت النسب ويجب مهر المثل .ومن الأنكحة الباطلة نكاح المعتدة ، ونكاح الحامل من الغير قبل الإستبراء، والدخول بها زنى يوجب الحد ولا يثبت به نسب، ولا عدة ولا مهر ، إلا إذا ادعى الجهل بحرمة النكاح فلا حد عليه . ومن الأنكحة الباطلة أيضا نكاح المرتابة قبل انقضاء العدة ،ونكاح الوثنيين ونكاح المرتدة .والقاعدة عندهم تقول : (إن كل وطء لا يجب فيه الحد على الفاعل يوجب العدة ويثبت به النسب ويجب فبه مهر المثل وإلاّ كان زنا موجبا للحد ، ولا يثبت به نسب و لا نفقة في النكاح الفاسد) .

رابعا" : مذهب الحنابلة [١]: النكاح الفاسد عندهم والباطل سواء .ومن الأنكحة الفاسدة عندهم، النكاح بغير شهود أو ولي وهو المختلف في إباحته فانه يفسخ قبل الدخول من قبل الزوج، فإن امتنع فسخه الحاكم ، وإذا فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لأنه عقد فاسد فإن كان التفريق بعد الدخول لزم مهر المثل ولا حد في النكاح الفاسد، وفي رواية عن احمد بن حنبل انه يجب الحد بالوطء في النكاح بغير ولي إذا اعتقد الرجل حرمته ، أما الأنكحة الباطلة فهي : نكاح الشغار ، نكاح المحلل ، النكاح المعلق ، ونكاح المرأة المتزوجة والمعتدة أو شبهة وإذا علم الزوجان التحريم فإنهما زانيان وعليهما الحد ولا يثبت به نسب ،والنكاح الفاسد لا نفقة فيه .

طالب ، د . ط ، ج ٣ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ص١٢١ وما بعدها . الخطيب الشربيني ،مغني **المحتاج إلى معرفة معاني وألفاظ المنهاج** ، ج٣ ، ص١٤٢ ، وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته** ، ج٧ ، ص١١٨. محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص ٣٠٥ .

(١) برهان الدين محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي(٨٤٤هـ)، **المبدع شرح المقنع** ، ج٧ ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، ص٨٣ . ابن قدامه المقدسي (٦٨٢ هـ) ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، ج٧ ، د.ط ، كلية الشريعة الرياض ، ص ٣٤٣ - ٣٤٥ . بدر الدين أبو طالب عبدا لرحمن بن أبي القاسم الضرير(٦٢٤ هـ)، **الواضح في شرح مختصر الخرقي** ، ج٣ ، الطبعة الأولى ، دار خضر ، بيروت ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م ، ص٤٥٧ .علي أبو الخير ، **الواضح في شرح فقه الإمام احمد بن حنبل** ، الطبعة الثانية ، دار الخير ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦ م ، ص٣٩٨ .

خامسا" : عند الظاهرية [١]. قال ابن حزم : كل نكاح عقد على صداق فاسد أو على شرط فاسد مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى أو بعضه إلى أجل كذلك أو على خمر وعلى خنزير أو على ما يحل ملكه أو على شيء في عينه بملك غيره أو على أن لا ينكح عليها أو أن لا يتسرى عليها أو أن لا يرحلها عن بلدها أو عن دارها أو أن لا يغيب مدة أكثر من كذا أو على أن ينفق على ولدها أو نحو ذلك فهو نكاح فاسد مفسوخ أبدا ، وان ولدت له الأولاد ولا يتوارثان ولا يجب فيه نفقه ولا صداق ولا عدة وهكذا كل نكاح فاسد حاشا التي تزوجت بغير إذن وليها جاهلة فوطئها فإن كان سمي لها مهرا فلها الذي سمي لها، وان كان لم يسم لها مهرا فلها عليه مهر مثلها، فإن لم يكن وطئها فلا شيء لها، فإن كان الصداق الفاسد والشروط الفاسدة إنما تعاقداها بعد صحة عقد النكاح خاليا من كل ذلك فالنكاح صحيح تام ويفسخ الصداق ويقضي لها بمهر مثلها إلا أن يتراضيا بأقل أو أكثر فذلك جائز فتبطل الشروط كلها .

سادسا": مذهب الإباضيه [٢]. يرى الإباضيه أن المنكوحة نكاحا فاسدا لها بالدخول المهر المسمى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا .

الفرع الثالث :أنواع الأنكحة الباطلة والفاسدة في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

قسم قانون الأحوال الشخصية الأردني عقد الزواج إلى ثلاثة أقسام :

أولا" : العقد الصحيح .

ثانيا" : العقد الفاسد .

ثالثا" : العقد الباطل .

ولقد عرف قانون الأحوال الشخصية العقد الصحيح في المادة (٣٢) بأنه : يكون عقد الزواج صحيحا وتترتب عليه آثاره إذا توفرت فيه أركانه وسائر شروطه .

---

(١) ابن حزم الظاهري ، **المحلــى** ، ج٩ ، ص ٤٩١ . محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص ٣٠٧ .

(٢) محمد بن اطفيش ، **كتاب شرح النيل وشفاء العليل** ، ج١٤ ، ص١٦٦ .

الا أنه لم يعرف العقد الفاسد ولا العقد الباطل كما عرف العقد الصحيح وحتى أنه لم يذكر مادة قانونية تنص على الفرق بينهما ، وإنما اكتفى بالنص على الحالات التي يكون فيها العقد فاسدا" أو باطلاً .

فقد نصت المادة (٣٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي :

يكون الزواج باطلا في الحالات التالية :

١ – تزوج المسلمة بغير مسلم .

٢ – تزوج المسلم بامرأة غير كتابية .

٣ – تزوج الرجل بامرأة ذات رحم منه ، وهن الأصناف المبينة في المواد ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ من هذا القانون .

ونصت المادة (٣٤) على أن الزواج يكون فاسدا في الحالات الآتية وهي :

١ – إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد .

٢ – إذا عقد الزواج بلا شهود .

٣ – إذا عقد الزواج بالإكراه .

٤ – إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعا .

٥ – إذا عقد الزواج على إحدى المرأتين ؛ الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع .

٦ – زواج المتعة و الزواج المؤقت .

ولكن مما يؤخذ على هاتين المادتين ما يلي :

١ – لا بد من ذكر تعريف لكل عقد من العقود الآنفة الذكر، حتى يتضح المعنى المقصود ،إذ إن ذكر مجرد الحالات لا يعطي الصورة الكاملة للمعنى فيقترح الباحث إضافة بندين للمادة القانونية يبين كل بند تعريفاً للعقد الفاسد والباطل ويكونان كالآتي :

أ – الزواج الفاسد : كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلفت بعض شرائطه فهو فاسد .

ب – الزواج الباطل : هو الزواج الذي اختل فيه ركن من أركانه بحيث لا يمكن أن يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح .

وهذا ما اتجه إليه قانون الأحوال الشخصية السوري لعام ١٧ /١٩٥٣/٩ في المواد ٤٨ و ٥٠ وقانون حقوق العائلة العثماني .

٢ - إن القانون اعتبر عقد الزواج على امرأة محرمة بسبب الرضاع من العقود الباطلة والتي لا تترتب عليها أثر وإن حصل بها دخول بين الزوجين كما يفهم ذلك ، مع أنه يمكن أن تكون هناك شبهة، وتتمثل في اختلاف الفقهاء في المحرمات بالرضاع من حيث عدد الرضعات والسن الذي يحرم فيه الرضاع ، واشتراط مص الثدي وغير ذلك مما يصلح أن يكون شبهة بالجملة فيأخذ حكم الزواج الفاسد[1].

٣ - وجود خطأ في الفقرة الثالثة من المادة ٣٣ حيث نصت على أن الزواج يكون باطلا إذا تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه ، وهن الأصناف المبينة في المواد ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ من هذا القانون، وقد شملت بذلك المحرمات بسبب الرضاع والمحرمات بسبب المصاهرة وهن لسن ذوات رحم كما جاء في الفقرة الثالثة .

٤ - إن هناك حالات يكون فيها الزواج فاسدا ولم تذكره المادة القانونية السابقة الذكر، مثل الزواج من الخامسة لمن كان في عصمته أربع نساء ، وزواج الرجل ممن طلقها طلاقا بائناً بينونةً كبرى ، لذلك ينبغي على القانون أن لا يحصر حالات الزواج الفاسد في ما سبق فقط ؛ وإنما يجعل تلك الحالات من الأمثلة للزواج الفاسد، ولو أضيف بند قانوني أيضا في تلك المادة يشير إلى أنه إذا ما ظهر حالة غير ما ذكر من قبل، وكان العقد فاسداً فإنه يأخذ حكم الفساد ويرجع في باقي الأنواع من الزواج الفاسد إلى الراجح من مذهب الحنفية عملاً بالمادة ١٨٣ من هذا القانون [2].

أما بالنسبة لحكم كل عقد من العقود السابقة الفاسد والباطل فقد نصت المادة (١٤١) على أن : (الزواج الباطل سواء وقع به دخول أم لم يقع به دخول لا يفيد حكما أصلا، وبناءا على ذلك لا تثبت به بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث) .

---

(١) محمود السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٢٥ ، وأيضا احمد ياسين القرالة ، **موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني** ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات لعام ٢٠٠٣ ، ص٢٤٨ .

(٢) السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص١٣٨ .

وعلى ذلك فالمادة القانونية تبين بأن العقد الباطل لا حكم له ولا يترتب عليه أثر من آثار الزوجية الصحيحة ،ولا يجوز للزوجين البقاء عليه ،ولا بد من أن يتفرقا وإن لم يتفرقا فرق القاضي بينهما باسم الحق الشرعي العام حيث نصت المادة ٤٣ على ما يلي : (بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع ،فإذا لم يتفرقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً أو كان الطرفان حين إقامة العقد حائزين على شروط الأهلية) .

أما حكم عقد الزواج الفاسد ، فقد قسم قانون الأحوال الشخصية حكمه إلى قسمين : الأول قبل الدخول ، وفي هذه الحالة لا حكم له قبل الدخول ولا يترتب عليه أثر ويجب فسخه ولا يوجد مانع من فسخه، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٢ حيث جاء فيها ما يلي : (الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكما أصلا) أي أنه يصبح باطلاً أو كالباطل .

القسم الثاني : بعد الدخول وفي هذه الحالة يترتب على العقد بعض الآثار ومنها:

١ – وجوب المهر ، والمقصود بالمهر هنا هو مهر المثل بالغا ما بلغ إذا لم يسم المهر في العقد الفاسد ، وأما إذا سمي المهر وكان له مقدار معين فالواجب حيئذ هو الأقل من مهر المثل أو المسمى ، وأما الفرق بين الحالتين أنه في الحالة الأولى لا يوجد معيار مقدر يرجع إليه فيناط الأمر بمهر المثل ،أما الحالة الثانية فهناك مقدار تم التراضي عليه وهو المسمى فإن كان مهر مثلها أقل استحقت مهر مثلها لان المهر المسمى لا يجب إلا بالعقد الصحيح، وإن كان مهر مثلها أكثر فقد رضيت بالأقل فلا تعطى ما هو أكثر منه ،وهذا ما نصت عليه المادة ٥٦ بقولها: (إذا وقع الإفتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر، فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل ، وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر

المسألة الثانية : الفسخ بسبب خيار البلوغ والإفاقة .

إنّ عقد الزواج من العقود البالغة الأهمية ،والتي تناولتها الشريعة الإسلامية بالدراسة الشاملة،لجميع جوانبها ونواحيها المتعددة ، كما أولاها الفقهاء عنايةً فائقة بالبحث والتدقيق، ولقد شملت أحكام الإسلام وتشريعاته الإنسان،صغيراً كان أم كبيراً، منذ بداية تخلقه وحتى موته، وفي هذه المسألة سنتناول خيار البلوغ والإفاقة وسنبحث فيه عدة فروع :

الفرع الأول : حكم زواج الصغار .

انقسم الفقهاء في صحة زواج الصغار إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : " الجواز مطلقاً ": حيث ذهب أصحاب هذا القول، إلى جواز انكاح الصغير سواء كان ذكراً أم أنثى، وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة وعليه فعل الصحابة [١].وقال ابن المنذر:(أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب لابنته الصغيرة البكر جائز، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها) [٢].

القول الثاني : فرّق أصحاب هذا القول بين الإبن الصغير والبنت الصغيرة ، فأجازوا للولي أن ينكح ابنته الصغيرة، ولا يجوز له انكاح الصغير حتى يبلغ ، فإن زوّجه فزواجه مفسوخ ، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية [٣].

---

(١) مالك بن أنس الصحي ، **المدونة الكبرى** ، ج ٢ ، ص ١٤٠ .أبو اسحاق الشيرازي ، ٤٧٦هـ ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق محمد الزحيلي ، الطبعة الأولى ، ج٤ ، دار القلم دمشق ١٤١٧هـ – ١٩٩٦ م ، ص ١٥٢ ، ص١٣٤ .كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، **شرح فتح القدير** ، ج٣ ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ص١٧٣ . عبد الله بن احمد النسفي ابن نجيم ، ٧١٠ هـ ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية** ، ج٣ ، ص٢٨٠ . الحصكفي ، **الدر المختار** ، ص، ١٨٣يحيى بن أبي الخير بن سليمان بن اسعد بن عبد الله ابن احمد ابن موسى العمراني(٥٥٨هـ) ، **البيان في الفقه الشافعي** ،تحقيق: احمد حجازي السقا ، الطبعة الأولى، ج٩، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م،ص ١٥٤ .

(٢) موفق الدين أبو عبد الله ابن احمد بن قدامه ، ٦٢٠ هـ ، **المغنـي** ، تحقيق عبد الحميد تركي ، عبد الفتاح الحلو ، ط ٤ ، ج٩ ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩ م ، ص٣٩٨ ، وقد نقل هذا الإجماع عن ابن المنذر . محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥هـ)، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، ط١،ج٦، دار الكتب العلمية ،بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م،ص ١٢٨.

(٣) ابن حزم الظاهري ،المحلى بالآثار ج٩، ص ٤٤٠ .

القول الثالث : "عدم الجواز مطلقاً "، فليس لأحد من الأولياء انكاح الصغار ذكوراً كانوا أم إناثاً، وحتى لو كان الولي هو الأب أو الجد، فزواج الصغار باطلٌ ولا يترتب عليه أثر من آثار الزواج،وهذا ما حكاه ابن شبرمه[١]وأبو بكر الأصم[٢] وعثمان البتي[٣].

الأدلـــــــــــة :

استدل أصحاب الرأي الأول بما يلي : استدلوا بالكتاب والسنة والآثار والمعقول :

أولاً :" الكتاب " :

١ – قول تعالى : ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [٤].

وجه الدلالة : أن الآية جعلت على التي لم تحض – صغيرةً أو كبيرةً– عدة ، والعدة لا تكون إلا من طلاق أو فسخ نكاح ، فدل ذلك على صحة زواج الصغيرة ،وذلك إنما يكون من وليه ولو بغير إذنهاإذ لا اعتبار له [٥].

٢ – وقوله ﷻ ﴿ وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ [١].

---

(١) **ابن شبرمة** : هو عبد الله بن شبرمة، القاضي ،ويكنى بابي شبرمة ،فقيه الكوفة ، روى عن أنس والثعالبي ، وكان ثقة فقيها ، توفي سنة ١٤٤هـ . محمد ابن سعد بن منيع الزهري المعروف بابن سعد(٢٣٠هـ) ، **كتاب الطبقات الكبرى** ،ج ٦ ، دار بيروت للطباعة والنشر ،بيروت ،١٩٨٠،ص٣٥٠.

(٢) **أبو بكر الأصم** : هو عبد الرحمن بن كيسان ، الأصم ويقال فيه : (ابن كيسان) ،من شيوخ المعتزلة الا أنهم أخرجوه من جملة المخلصين من أصحابهم بسب مياه لعلي بن أبى طالب رضي الله عنه ،كان من أفصح الناس حديثا وأفقههم و أورعهم من تصانيفه : تفسير القران، خلق القران ، افتراق الأمة . شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي(٧٤٨هـ) ، **سير أعلام النبلاء** ، الطبعة الأولى ،ج٩، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١هـ- ١٩٨٠ م، ص ٤٠٢.

(٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥هـ)، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، ط١،ج٦، دار الكتب العلمية ،بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥،ص ١٢٨. السرخسي ، **المبسوط** ،ج٤،ص احمد ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ،الطبعة الأولى ،ج١،دار الكتب العلمية بيروت ،١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م،ص ١٦٣.

(٤) سورة الطلاق : الآية : (٤) .

(٥) ابن الهمام ، **فتح القدير** ،ج ٣ ،٢٧٤. أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،٧٦١هـ)، **الجامع لأحكام القران** ،د. ط ،مؤسسة مناهل العرفان ،بيروت ، ج ١٨، ص١٦٥ . العمراني ، **البيان في الفقه الإمام الشافعي**، ج ١٠، ١٥٤ .

وجه الدلالة : أن الأيم: اسمٌ للأنثى التي لا زوج لها، صغيرة كانت أم كبيرة، والآية تبيح انكاحها ؛ وذلك إنما يكون من وليها وإذا جاز له تزويجها جاز له إجبارها إذ لا اعتبار لإذنها لصغرها [٢].

ثانياً : السنة النبوية :

قالت عائشة رضي الله عنها : (تزوجني النبي ﷺ وأنا بنت ست ، وبنى بي وأنا بنت تسع) [٣]. فلو لم يكن للأب أن يزوج ابنته الصغيرة لما تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً : الآثار :ما ورد عن غير واحد من الصحابة أنهم زوجوا أبناءهم وبناتهم وهم صغار :

أ - زوّج علي بن أبى طالب ابنته أم كلثوم لعمر بن الخطاب وهي لم تبلغ [٤].

ب - تزويج قدامة بن مظعون ابنة الزبير حين ولدت فقيل له، فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي [٥].

ج - وزوج عروة ابن الزبير ابنه ، ابنة أخيه وهما صغيران [٦].

أدلة الرأي الثاني[١] : استدل من قال بزواج الصغيرة دون الصغير حتى يبلغ، وعد زواجه مفسوخا بما يلي :

---

(١) سورة النور : الآية : (٣٢) .

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٢ ، ص٥٠٢ .

(٣) متفق عليه ،أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب انكاح الرجل ولده الصغار ، حيث رقم ٥١٣٣ ، ط٢ ، ج٣ ، ص٣٨٠ . وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأب البكر الصغيرة ، حديث رقم ١٤٢٢ ، ط١ ، ص٥٥٩ . وأخرجه النسائي في سننه ، كتاب النكاح ، باب انكاح الرجل ابنته الصغيره ، حديث رقم ٣٢٥٢ ، ٣٢٥٣ ، ٣٢٥٤ ، ٣٢٥٥ ، ط١ ، ص٥٣١ .

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه ، باب نكاح الصغيرين ، حديث رقم ١٠٣٩١ - ١٠٣٩٣ ، ج٦ ، ص١٣٠ -١٣٣ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الأب يزوج ابنته الصغيرة ، حديث رقم ١٣٨١٧ ، ط ١ ، ج١٦ ، ص ١٣٠ -١٣٢ .وأخرجه سعيد بن منصور ، كتاب النكاح ، باب تزويج الجارية الصغيرة ، حديث رقم ٦٣٩ ، ط١ ، ج١، ص ١٧٥٠ .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب نكاح الصغيرين ، حديث رقم ١٠٣٩٧ ، ج٦ ، ص ١٣٢ .

١ - إن الأدلة التي وردت في إنكاح الصغار كانت في الأنثى فقط، ولذا فإعمال الدليل فيما ورد له .

٢ - قالوا بأن : قياس الصغير على الصغيرة قياس غير صحيح ؛ لأنه إذا أجيز هذا القياس عارضه قياس آخر، وهو أن الصغير إذا بلغ فلا ينعقد النكاح إلا بعبارته ، ولا مدخل لأبيه ولا لغيره يمكن في نكاحه، وهو بذلك يخالف الأنثى والتي تبقى في مسؤولية الأب،وولايته ثابتة عليها بعد البلوغ ،إما بإنكاحها أو بإذنها في النكاح أو بمراعاة الكفؤ، فلما كان حكم الذكر والأنثى مختلفا بعد البلوغ كذلك يجب أن يكون حكمهما مختلفا قبل البلوغ [٢].

٣- قوله ﷻ : ﴿ ولا تكسب نفس إلا ما عليها ﴾ .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الآية مانعة من عقد أحد على أحد إلا أن يوجب إنفاذ ذلك نص قراني أو سنة نبوية ، ولا نص ولا سنة في جواز إنكاح الأب لابنه الصغير وقد قال بهذا السلف[٣].

أدلة القول الثالث : استدل من رأى بعدم جواز تزويج الصغار ذكورا كانوا أو إناثا حتى لو كان الولي هو الأب والجد فزواج الصغار باطل ولا يترتب عليه اثر من آثار الزواج بما يلي :

١- قوله ﷻ : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [٤].

وجه الدلالة : لو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لذكر هذه الغاية فائدة، فقد دلت الآية على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر ، فمعنى هذا أن قبل بلوغ هذا السن لا يجوز النكاح وإلا فقد التحديد معناه وكان ذكره لا معنى له [١].

---

(١) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ، ص ٤٦٠ .

(٢) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ، ص ٤٦٠ ..

(٣) المرجع السابق.

(٤) سورة النساء : الآية: (٥) .

ثم إن عقد الزواج عقد للعمر، وتلزم الصغيرين أحكامه بعد البلوغ وليس لأحد أن يلزمهما ذلك إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ [(٢)].

٢- ثم إن حكم النكاح إذا ثبت لا يقتصر على حال الصغر ،بل يدوم إلى ما بعد البلوغ إلى أن يوجد ما يبطله، وفي هذا ثبوت الولاية على البالغة ولأنه استبد به أو كأنه أنشئ النكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز[(٣)].

٣- وقالوا: إن تزوج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة خصوصية للرسول عليه السلام .

هذا مجمل لآراء الفقهاء في تزويج الصغار وأدلتهم في ذلك ،وبالنظر فيها نرى بأن الأدلة متظافرةٌ في تزويج الصغار، ولكن حُصِرت الأدلة الواردة كلها في تزويج الصغيرات فقط ، ثم إن خوف فوات الكفؤ يتحقق في الصغيرة دون الصغير ، لذلك يرى الباحث الميل إلى ترجيح ما رآه الظاهرية من جواز تزويج الصغيرة دون الصغير لقوة ما ذهب إليه وما أورده من أدلة تعضد رأيهم .

الفرع الثاني : من له ولاية أو حق الإجبار .

بعد أن عرضنا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن للأب تزويج ابنه وابنته الصغيرين جبراً عنهما ، وآراء الفقهاء في ذلك كان لا بد لنا من أن نعرض غير الأب هل له حق الإجبار أم لا ؟

حيث اختلف الفقهاء في ولاية الإجبار، هل يكون لغيره من الأولياء كالجد وغيره من العصبات ؟ على النحو الآتي :

الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن جميع الأولياء لهم أن يزوجوا الصغير والصغيرة ، فيكون للأب والجد وغيره من العصبات بترتيب عصوبتهم ، كالأخ والعم أن يزوجوا

---

(١) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ، ص٢١٢ .

(٢) محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص ١٠٤ . مصطفى السباعي ، **الأحوال الشخصية** ، ص١٣٥ . عمر سليمان الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** ، ط ١ ، دار النفائس ، عمان ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ ،ص ١٢٥ .

(٣) ابن حزم الظاهري ، **المحلى** ، ج٩ ،ص ٤٦٠.محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص ١٠٤ . مصطفى السباعي ، **الأحوال الشخصية** ، ص١٣٥ . عمر سليمان الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** ، ط ١ ، دار النفائس ، عمان ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ ،ص ١٢٥ .

الصغار ولهما خيار البلوغ إذا بلغا مع غير الأب والجد، فإذا ما زوج الأخ أخته وأخاه صغيرين، كان العقد صحيحا إلا أنه غير لازم، فلهما إذا بلغا الخيار بين الفسخ والإمضاء [١]، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل[٢].

المالكية : ذهبوا إلى أن الولاية تكون لأب ثم لوصيه من بعده إذا نص في الوصاية على ذلك بأن يكون الموصي قد عين له الزوج أو الزوجة ،كأن قال له: زوجهما قبل البلوغ ، ولاتكون الولاية لغيرهما من العصبات ، فلا تكون للجد ولا للأخ ولا للعم وغيرهم، واشترطوا لصحة انكاح الولي حتى يقع لازما ، توفر الكفاءة سواء من قبل الزوج أو الزوجة ،وان لا يقل المهر عن مهر المثل [٣] .

الشافعية[٤] : ذهب الشافعية إلى أن ولاية الإجبار تكون للأب وللجد من بعده ،ثم لوكيلهما، ولا تكون لغيرهم ، لأن الجد له حكم الأب عند عدمه وللوكيل حكم الأصيل.واشترطوا في جواز انكاح الأب أو الجد الصغير أو المجنون ما يلي:

١ - أن لا يكون بينه وبين وليه عداوة ظاهرة .

٢ - أن يكون الزوج كفؤا للزوجة .

---

(١) الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج ٣ ، ص ٢١٥ . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،ج٢، ص ٣١٦. الحصكفي ، **الدر المختار** ،ص. المرغيناني ، **الهداية شرح البداية** ، ج٣ ،ص٢٧٤.ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص ٢٧٤.

(٢) ابن قدامة المقدسي ، **المغني على مختصر الخرقي**، ج٦ ،ص ٣١٩ وما بعدها.

(٣)محمد بن عبد الله الخرشي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ،ط١ ، ج٤ ،دار الكتب العلمية بيروت ،١٤١٧هـ- ١٩٩٧،ص ١٤٧. أبو بكر حسن الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب الإمام مالك** ،ط١ ،ج٢، المكتبة العصرية ،بيروت ،١٤٢٤هـ-٢٠٠٢م ، ص٥٩. الحطاب الرعيني ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ج٥ ،ص ٥٤.احمد بن محمد الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج ٢ ،ص ٦٧٧. محمد بن يوسف الرهوني ،**حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل** ، د.ط ، ج٣ ،دار الفكر بيروت ،١٩٨٣هـ- ١٩٨٧، ص٢٠١ وما بعدها .أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (٨٩٧هـ) **التاج والإكليل لمختصر خليل** ،ط١، ج٥، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ص٥٤ .

(٤) أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (٩٢٦هـ)**اسنى المطالب شرح روضة الطالب** ،ط١،ج٦،دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٢ هـ- ٢٠٠٢ م ، ص٣١٢ .شهاب الدين أبو العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (٧٩٤هـ) ، **تحفة المحتاج شرح المنهاج** ط١ ، ج٣، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١ م ، ص٢٠٢ .أبو يحيى زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (٦٧٦هـ) **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، تحقيق: عادل عبد الموجود & علي محمد عوض ، ط١ ، ج٥ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٢ هـ- ١٩٩٢ م ، ص٤٢٠ .

٣ – أن يكون الزوج موسرا بالصداق .

الحنابلة : للحنابلة في تزويج الصغير أو الصغيرة ثلاث روايات[١] :

الأولى : إذا كانت دون تسع سنين فليس لغير الأب تزويجها والوصي

الثانية : وهي روايـــة موافقة للحنفية.و تتضمن أن لغير الأب من الأولياء الحق في تزويجهم بترتيب عصباتهم ولها الخيار إذا بلغت .

الثالثة : وهي رواية موافقة للمالكية ، وهي أن الولاية لا تكون لغير الأب والوصي في التزويج .

واشترطوا لصحة النكاح الصادر من الولي على الصغير مثل ما اشترط المالكية والحنفية كالكفاءة ومهر المثل .

الفرع الثالث: خيار البلوغ والإفاقة :

أولا : ماهية خيار البلوغ والإفاقة : وقبل الخوض في تفاصيل خيار البلوغ والإفاقة كان لا بد لنا من أن نحدد مدلول هذا المصطلح وذلك كما يلي :

الخيار في اللغة : هو اسم مشتق من الإختيار، والخيار من الناس خلاف الأشرار وخيار المال كرائمه ، وهو من طلب خير الأمرين إما إمضاء البيع أو فسخه [٢].

أما اصطلاحا: فالخيار له تعاريف كثيرة، إلا أنها في الغالب تناولت هذا اللفظ مقرونا بلفظ آخر تبعا لأنواع الخيارات،كخيار الرؤية وخيار العيب وغيرهما ،ودون أن يقصد بالتعريف عموما، بمعنى أنه لا يوجد في كتب الفقه تعريف للخيار مستقل عند

---

(١) شمس الدين ابن مفلح المقدسي(٧٦٣) ، **كتاب الفروع** ، ط١،ج٨ ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ، ١٤٢٤ –هـ–٢٠٠٣م، ص ٢٠٣.عبد الله بن عثمان بن جامع الحنبلي(٧٧٢هـ)، **الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، ط١،ج٢، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م ،ص ٣٤١، ص٣٤٨،ابن قدامة ، الكافي ، ص ٦٠٦. أبو البركات مجد الدين ، المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل ، ص ١٦.

(٢) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٤ ، ص٢٥٩ ، مادة خَيَرَ . **الرازي** ، **مختار الصحاح** ، ص١٩٤ ، مادة خَيَرَ .**ابن سيده المرسي** ، **المحكم والمحيط الأعظم** ، ج٥ ،ص ص ٢٥٥ ،٢٥٦.

كل الفقهاء، ولكن من خلال البحث وجدت تعريفا للخيار مجردا حيث قال : الخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء للعقد أو فسخه [١].

وعرّفته موسوعة الفقه الكويتية أيضاً بأنه : (حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه ، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى العقد أو اتفاق عقدي) [٢]. أما ما يتصل مع موضوعنا فخيار البلوغ والإفاقة هو : "خيار يثبت للصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة عند البلوغ والإفاقة إذا ما زوجهما غير الأب والجد " [٣].

ثانيا" : حكم هذا الخيار : إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد ، فما حكم هذا الزواج ؟ ثم هل يلزم هذا الزواج أم لا ؟ .

ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد[٤] والإباضية[٥] والزيدية[٦] إلى أنه إذا زوج الصغير والصغيرة ،أو المجنون والمجنونة ،غير الأب والجد لا يلزم الزواج، ولهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه،وهم فقط من قالوا بثبوت هذا الخيار للصغير والصغيرة إذا زوجهما غير الأب والجد، إلا أن الإباضية قالوا : إن الولي أذا كان مجبرا أو غير مجبر إذا زوج الصغير أو الصغيرة يكون لهما خيار البلوغ [٧]. فإذا ما بلغ الصغير أو الصغيرة واختار الفسخ فلا بد من فسخ النكاح ويشترط لفسخه

---

(١) الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، ج ٤ ، ص٢ .المبارك بن محمد الجزري (٦٠٦هـ) ،**النهاية في غريب الأثر** ، تحقيق طاهر احمد الزاوي & محمود محمد الطناجي، د.ط ، ج ٢ ،المكتبة الغلمية ،بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م،ص٩١.

(٢) وزارة الأوقاف الكويتية ، موسوعة الفقة الكويتية ، ج ٢٠ ، ص٤١ .

(٣) محمود البخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص١٥٤ ، **نقلا عن جامع الفصولين** ، ج ١ ، ص٢٣٧ .

(٤) الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٢ ، ص٥٠٠ . علي بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغيناني (٥٩٣ هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدى** ، ط ١ ، ج١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص١٩٣ . الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٢ ،ص٣١٦ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج١، ص٢١٤ .

(٥) يوسف بن اطفيش ، **كتاب شرح النيل وشفاء العليل** ، ج٦،ص٣٦٦ وما بعدها .

(٦) احمد بن يحيى بن مرتضى (٨٤٠ هـ) ، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** ، ج٤ ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ص٥٧ .

(٧) يوسف بن اطفيش ، **كتاب شرح النيل وشفاء العليل** ، ج ٦ ، ص٣٦٦ محمود البخيت ، **فسخ العقد وآثاره**،ص١٥٤ .

القضاء لأنه ضرر، ولا بد من دفع هذا الضرر عنهم ولا يدفع هذا الضرر إلا بالقضاء [١].

أما جمهور الفقهاء ،وهم الشافعية والمالكية والحنابلة فقد حددوا الولي الذي يملك الإجبار على النكاح كما ذكرنا من قبل ، إضافة إلى ذلك وضعوا شروطا لصحة إجبارهم على الزواج واعتبار هذا الزواج صحيحا ، وعلى ذلك فإذا زوج الولي الذي يملك الإجبار الصغير أو الصغيرة، بالشروط السابقة لصحة النكاح كان الزواج لازما، وليس لهم بعد البلوغ أو الإفاقة خيار مطلقا ؛ لأنه ليس لغير الأب والجد أو وصيهما حق الإجبار في التزويج ، ثم إنهما كاملا الشفقة فتتحقق المصلحة للمولى عليه في زواجه ويكون العقد لازما ولا خيار لهم فيه بعد البلوغ والإفاقة سواء حصل به دخول أم لا، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف فقال : لا خيار لهما لأن النكاح عقد لازم وقد صدر من الولي، فلا يفسخ قياسا على الأب والجد [٢]. ويثبت هذا الخيار بعد البلوغ والإفاقة وهو حق لهما ، وحتى لو رضي أحدهما قبل البلوغ والإفاقة فلا يسقط حقهما ولا يعتبر رضاهما ، لأن أهلية الرضا تثبت بعد البلوغ لا قبله. ويرى الحنفية أيضا أنه لا بد من رفع الأمر إلى القاضي إذا اختار الفسخ؛ لأنه في أصله ضعف فيتوقف على القضاء، ويسقط هذا الخيار إما بالنص الصريح الدال على الرضا ، نحو : رضيت النكاح أو أمضيت الزواج أو ما يجري هذا المجرى ، وإما بالدلالة نحو السكوت عقب البلوغ فإن كانت بكرا كان السكوت دليل الرضا بالنكاح، وأما الثيب فلا يبطل خيارها الا بالنص الصريح بالرضا أو بفعل يدل على الرضا نحو التمكين على الوطء [٣].

والفرقة الناتجة عن خيار البلوغ والإفاقة: عند الحنفية هي فرقة فسخ لا فرقة طلاق ،حيث جاء ما نصه في البدائع : (وأما بيان ما يرفع حكم النكاح فبيانه بيان

---

(١) المرغيناني ، **الهداية في شرح بداية المبتدى** ، ج١ ،ص ١٩٤ .

(٢) المرغيناني ،**الهداية في شرح بداية المبتدى** ، ج ١ ، ص١٩٣ . الزيلعي ،**تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،ج٢ ، ص ٥٠٠-٥٠٩. ابن الهمام ،**شرح فتح القدير** ، ج٣، ص ٢٧١.يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي (٦٧٧هـ)، **شرح صحيح مسلم** .ط١،ج١٠،ص ص ١٧٦.

(٣) محي الدين عبد الحميد ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، ص ٧٧. احمد الحجي الكردي، **فسخ الزواج** ،ص٣٧٣. محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص١٥٤-١٥٦ .

ما تقع به الفرقة بين الزوجين ولوقوع الفرقة بينهما أسباب ... ومنها اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ في خيار البلوغ، وهذه الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي... وتكون فرقة لغير
طلاق بل تكون فسخا، حتى لوكان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها) [١] .

ثالثا" : أثر هذه الفرقة على المهر والعدة :

المهر : إذا وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول لم يكن للزوجة مهر مطلقا سواء كانت الفرقة بخيار الزوجة أم بخيار الزوج، والسبب في ذلك أنها إذا كانت من جهة الزوجة فهو لحدوث الفرقة من قبلها وهي فسخ عند الحنفية ،وأما من جهة الزوج فهي أيضا فسخ عندهم ؛ لأنها نقض للعقد من أساسه، فلا يكون للزوجة شيء من المهر . وان كانت الفرقة بعد الدخول كان للزوجة كامل مهرها إن كان المسمى في العقد صحيحا ، ومهر المثل إن لم يكن المهر مسمى صحيحا فكل دخول بين الزوجين يثبت مهرا .

العدة : إذا كانت الفرقة قبل الدخول فلا عدة مطلقا على الزوجة ؛ لأن العدة شرعت لاستبراء الرحم ، وما دام لم يحصل دخول فلا حاجة إليها ، وإذا كانت الفرقة بعد الدخول فإن عليها العدة، والعدة الواجبة هي عدة الطلاق، وهي بحسب وضع المرأة ، إما بالحيض أو بالأشهر أو بوضع الحمل ، حسب حال المرأة وأما النفقة فليس لها نفقة في العدة إلا إذا كانت حاملاً [٢].

رابعا" : خيار البلوغ والإفاقة في قانون الأحوال الشخصية الأردني .

على الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية الأردني استمد معظم أحكامه من المذهب الحنفي ؛ إلا انه عدل عن الأخذ برأيه في كثير من الأحيان وأخذ برأي المذاهب الأخرى بما يتفق -وروح العصر- مع مصلحة الأفراد والتي تتغير بتغير الزمان ، ففي مسألة تزويج الصغار لم يأخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني برأي

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج ٢، ص ٣٣٦.

(٢) أحمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٣٧٦ وما بعدها . محمود البخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ٣٥٠.

من قال من الفقهاء والذين منهم الأئمة الأربعة وغيرهم، حيث قالوا: بجواز زواج الصغار، وخالفهم بذلك واخذ برأي ابن شبرمه وأبي بكر الأصم ،والذين لم يجوزوا زواج الصغار واعتبروه باطلا ،لا تترتب عليه آثاره. فلقد نصت المادة(٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: (يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وان يتم الخاطب السادسة عشرة ، وان تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر) ، وفي التعديل الجديد لعام (٢٠٠١) أصبح السن (ثمانية عشر)حيث عدلت المادة(٥)من القانون وأصبحت كما يلي: (يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ،وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية ، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن، أذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره ،وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية) . ويتضح من هذا النص أنه يشترط في الشخص الذي يعقد لنفسه أن يكون عاقلا، قد بلغ السن الذي حددها القانون لأهلية الزواج، وعلى ذلك لا يصح عقد الصبي والمجنون والصغير بل يقع العقد فاسدا ، وعلى ذلك أيضا خالف قانون الأحوال الشخصية رأي من قال بعدم جواز زواج الصغار واعتبره باطلا ، بينما اعتبره قانون الأحوال الشخصية الأردني فاسدا، كما نصت المادة رقم(٣٤) على ذلك حيث جاء فيها : (يكون الزواج فاسدا في الحالات التالية وعد منها : (إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد) .

ثم إن رأي ابن شبرمة مرجوح قامت الأدلة خلافه ، وجرت السنة على عكسه وكذلك عمل الصحابة ، ثم إن المسلمين مقيدون بالدليل وليس لأحد أن يأتي بحكم إلا بدليل ، ولكن قد يقال : إن الحاجة والضرورة قد دعت إلى الأخذ بهذا الرأي، إذ إن في مثل هذا السن لا يكون لديهما استعدادا للحياة الزوجية وتفهمها ، وهذا مردود بما يلي : إن هذا الإعتبار عقلي محض، والذي يحكمنا هو الإعتبار الشرعي ،هل هو حلال أم حرام ؟ جائز أم ممنوع ؟ ثم إن هذا الإستعداد قد يختلف من إنسان إلى آخر، إضافة إلى أنه مادام قد أباحه الإسلام ،وبفعل الرسول فلا بد أن يكون صحيحا حتى ولو لم يدرك الناس ذلك ، فلو حاولنا تعليل الأحكام الشرعية عقلا أي نجد لها

عللا عقلية، لكانت أحكاماً وتفسيرات بعدد الناس، ولاختلفت الأحكام بعللها لاختلاف الناس ، ولكن الحكم الشرعي إذا جاء معللا نأخذ بعلته، وإن كان غير معلل فلا نكلف نفسنا عناء البحث عن العلة ؛ لأننا مأمورون بالتطبيق لا بالبحث عن العلة[١].

أما بالنسبة لخيار البلوغ والإفاقة فلا يوجد نص قانوني يذكر ذلك، وحتى أن قانون الأحوال الشخصية لم يذكره ، لا بل ليس هناك داعٍ أو حاجة لذكره ،إذ إن المتبنى في قانون الأحوال الشخصية الأردني عدم جواز زواج الصغار ووقوعه فاسدا ، فمن باب أولى أن لا يأخذ في خيار البلوغ والإفاقة، وان لا يوجد نص قانون على ذلك . ولا توجد هناك قرارات استئنافية في مسألة خيار البلوغ والإفاقة ، وإنما وجدت قرارات في اعتبار العقد فاسدا لصغر سن الزوجين أو أحدهما ومنها ما يلي :

١- قرار رقم (٩٥٥٤بتاريخ ٥٧/٧/٢٤) جاء فيه :

(على المحكمة بدعوى فسخ عقد النكاح الصغير أن تطبق أحكام القانون المعمول به عند تلك الحادثة إذا صحت الدعوى) [٢].

٢- قرار رقم (٩٦٨٩بتاريخ ٥٧/١٢/٢) جاء فيه :

(عدم سماع دعوى فسخ العقد لصغر سن الزوجة إذا ظهر الحمل عليها) [٣].

المسألة الثالثة :الفسخ بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته .

وسنناقش في هذه المسألة عدة فروع وهي كما يلي :

الفرع الأول :تحديد معنى الكفاءة لغة واصطلاحا .

الكفاءة لغة من الكفؤ وهو النظير والمساوي والمماثل ، وهو القوي القادر على تصريف العمل ،وجمعه أكفاء وكفاء ،وكل شئ ساوى شيئا فهو مكافئ له ومنه قوله ﷻ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴾ [٤].والاسم الكَفاءة والكِفاء ، والكَفَاءة : المماثلة في

---

(١) محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ،ص ١١١ وما بعدها .

(٢)احمد محمد علي داود ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، ط١،ج١ ، مكتبة دار الثقافية للنشر والتوزيع، عمان ،ص ٤٠٧-٤١٨.

(٣) المصدر السابق .

(٤) سورة الإخلاص:آية رقم (٤)

القوة والشرف،ومنه الكفاءة في الزواج : أي أن يكون الرجل مساويا للمرأة في حسبها ودينها وغير ذلك [١].

وعلى ذلك فإن معنى الكفاءة في اللغة لا يخرج عن المماثلة والمساواة بين أمرين أو شيئين.

الكفاءة في الاصطلاح : أما الكفاءة في الاصطلاح الفقهي فإن أصحاب كل مذهب عند تعريفهم للكفاءة يذكرون الخصال التي أداهم اجتهادهم إلى اعتبارها فيها دون تحديد معنى خاص شامل للكفاءة [٢].وكان للكفاءة عدة تعريفات عند بعض الفقهاء نذكر منها ما يلي :

١ - عرّفت بأنها : (أمر يوجب عدمه عار) [٣].

٢ - وعرّفت أيضا بأنها: (مساواة الزوج للزوجة في أمور مخصوصة) [٤].

٣ - وعرّفت بأنها : (مماثلة الخاطب للمرأة المخطوبة في التدين والسلامة من العيوب والأمراض البدنية التي توجب الخيار) [٥]. أو (المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور ، أو كون المرأة أدنى) [٦].

وعلى هذا فإنّ الكفاءة في اللغة تتفق مع معناها في الاصطلاح،فهي تعني المساواة بين الزوج وزوجته في أمور معينة، والمماثلة بينهما في أمور مخصوصة تتعلق بالنكاح،ويعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية .

الفرع الثاني : حكم الكفاءة في عقد النكاح : اختلفت عبارات الفقهاء في اعتبار الكفاءة ووجودها في عقد النكاح وذلك على قولين :

---

(١) المعلم بطرس البستاني ، **قطر المحيط** ، ط٢، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص٥٢١ ، مادة كفى . الرازي ،**مختار الصحاح** ، ص٥٧٢ ، مادة كفء . ابن منظور ، **لسان العرب** ،ج١ ، ص٦٩ مادة كفء .

(٢) عمر الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** ، ص١٦٥ .

(٣) الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني وألفاظ المنهاج** ،ج ٣، ص١٦٥ .

(٤) المطيعي ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٩ ، ص٢٦١ .

(٥) الصادق عبد الرحمن الغرياني ، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ، ط ١ ، ج٢ ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ م ، ص٥٠٦ .

(٦) ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٢٥ .

القول الأول : " عدم اعتبار الكفاءة " ، حيث ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم اعتبار الكفاءة في النكاح، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤاً للزوجة أم غير كفؤ ،وأنها غير مشترطة فيه ، وهم : سفيان الثوري[١] والحسن البصري[٢] والكرخي من الحنفية[٣] وأبو بكر الجصاص[٤] والظاهرية[٥] وقال ابن قدامه : (وروي هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبى سلمان وابن سيرين وابن عون وأصحاب الرأي) [٦].

---

(١) **سفيان الثوري** : هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، ولد سنة ٩٦ هـ في الكوفة ونشأ فيها ، يعتبر أمير المؤمنين في الحديث خرج من الكوفة وسكن مكة والمدينة ، كان قوالا بالحق شديدا للإنكار على الخلفاء فيما يرتكبون حتى أوغر صدر المهدي عليه فطلبه المهدي ثم توارى وانتقل إلى البصرة فمات مستخفيا ، توفي سنة ١٦١ هـ من تصانيفه ، الجامع الكبير والجامع الصغير وكلاهما في الحديث .ابن حجر العسقلاني ، **تهذيب التهذيب** ، ط ١ ، ج٤ ، دار الفكر بيروت ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، ص١٩ . الزركلي ، **الأعلام** ، ج٣ ، ص ١٠٤ .

(٢) **الحسن البصري** : هو أبو سعيد الحسن بن يسار البصري ، أمام أهل البصرة وحبر الأمة ، واحد من العلماء الفقهاء ولد في المدينة سنة ٢١ هـ وكان جريئا" على الولاة ، وكان في غاية الفصاحة ، توفي في البصرة سنة ١١٠ هـ من تصانيفه ، فضائل مكة وهو بالأزهرية .الزركلي ، **الأعلام** ،ج٢ ، ص٢٢٦ .

(٣) **الكرخي** : هو عبيد الله بن الحسن أبو الحسن الكوفي ، ولد سنة ٢٦٠ وهو نسبة إلى كرخ ، وهي قرية بنواحي العراق ، فقيه أديب ، مؤلف زاهد ، انتهت إليه رئاسة الحنفية في بغداد ، أصيب بالفالج ثم مات بعد ذلك سنة ٣٤٠ هـ من تصانيفه ، المختصر لشرح الجامع الكبير ، شرح الجامع الصغير . أبو الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي ، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** ، د . ط ، دار المعرفة بيروت ، ص١٠٨ .الزركلي ، الأعلام ، ج٤ ، ص١٩٣ .

(٤) **أبو بكر الجصاص** : هو أبو بكر احمد بن علي الرازي الحنفي ، فقيه مجتهد ، دخل بغداد في شبابه انتهت إليه رئاسة الحنفية وطولب أن يلي القضاء فرض ، توفي في بغداد سنة ٣٧٠هـ ، من تصانيفه: أحكام القران ، أصول الفقه وهو مصور في معهد مخطوطات في القاهرة . الزركلي ، **الأعلام** ، ج ١ ، ص١٧١ .

(٥) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٣ ، ص ١٨٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢ ، ص٦٢٣ ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج ٥ ، ص٢٢ . ابن حزم الظاهري ، ج٩،ص١٥١. محمد بن اسماعيل الصنعاني (١١٨٢ هـ) ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، ط١،ج٢ ، دار الأرقم ، بيروت ، د.ت ، ص١٥٢ .محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥ هـ) ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح ملتقى الأخبار** ، ط ١، ج٦ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، ص ١٣٢ .

(٦) ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج ٦ ، ص٣٣٦ .

القول الثاني : " اعتبار الكفاءة " ، حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة والزيدية والإباضية إلى اشتراط الكفاءة في الزواج واعتبارها في عقد النكاح، على خلاف بينهم فمنهم من يعتبرها شرط صحة، أو شرط لزوم [١].

الأدلـــــــــة :

أدلة القول الأول : استدل أصحاب هذا الرأي القائل بعدم اعتبار الكفاءة بما يلي :

أولا ": الكتاب :

حيث استدلوا بالنصوص القرآنية الكريمة ،والتي يقضي ظاهرها بوجوب المساواة بين المسلمين جميعهم ، عربيهم وأعجميهم ، غنيهم وفقيرهم ، رئيسهم ومرؤوسهم ، والتي أزالت هذه النصوص جميع الفروقات بين بني البشر والتي جعلت مقياس التفاضل بين الناس بالتقوى عند الله فقط ،وهي كما يلي :

١ – قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ [٢].

٢ – وقوله تعالى : ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [٣].

٣ – وقوله ﷺ : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ [٤].

---

(١) الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج٤ ، ص٢٠١ابن قدامه ، **المغني** ، ج ٩ ، ص٣١٧ . عادل احمد عبد الموجود وآخرون ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ط١ ، ج١٩ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٢ م ، ص٥٣ . . السرخسي ، **المبسوط** ،ج٥ ، ص٢٢ . الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل المالكي** ، ج٤ ، ص٢٠١ . محمد زكريا الكاندهلوي ، **أوجز المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ج٩، ص٢٧٣ . عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي ، **الفوائد المنتخبات في شرح اخسر المختصرات** ، ج٣ ، ص٣٠٢ . المرداوي ، **تصحيح الفروع** ، ج٨ ، ص٢٣٣. محمد بن علي الشوكاني ، ١٢٥٠ هـ ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، تحقيق محمود ابراهيم زيد ، ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م ، ص٢٩١. اطفيش ، **كتاب شرح النيل والشفاء العليل** ، ج٦ ، ص ص ١٠٢ .

(٢) سورة الحجرات :الآية : (١٣)

(٣) سورة الحجرات :الآية : (١٠)

(٤) سورة الحجرات :الآية : (٧١)

٤ – وقوله ﷻ : ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنْ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ [١].

٥ – وقوله ﷻ : (فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لاَ أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ) [٢].

ثانياً : السنة النبوية :

أ – قوله ﷺ : (لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأبيض على أسود ولا لأسود على أبيض إلا بالتقوى ، الناس من آدم وآدم من تراب) [٣].

ب – وقوله ﷺ : (إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) [٤]. فهذه النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة قد سوت بين الناس وأذابت الفروق ،وألغت الطبقات، أضف إلى ذلك أنه قد أيدتها – أي النصوص – عدة حوادث دلت على عدم اعتبار الكفاءة، نذكر منها مايلي :

– أن بلالا خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال لهم رسول الله ﷺ : قل لهم : إن رسول الله ﷺ يأمركم أن تزوجوني [٥].

---

(١) سورة الفرقان :الآية : (٥٤)

(٢) سورة ال عمران :اية : (١٩٥)

(٣) أخرجه الإمام احمد بن حنبل في المسند ،حديث رقم (٢٣٥٣٦)، ج ٥،ص ٤١١، مؤسسة قرطبة ،مصر .

(٤) أخرجه البيهقي ،في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق ، حديث رقم (١٣٢٥٦)، د.ط، ج٧،دار الباز ، مكة ، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م،ص ٨٢.وأخرجه الترمذي في السنن ،كتاب النكاح ،باب إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، حديث رقم (١٠٨٥)،ج٣ ،دار إحياء التراث العربي ،ص ٣٩٥. والطبراني في المعجم الأوسط ، باب من اسمه محمد ، حديث رقم (٧٠٧٤)،ج٧ دار الحرمين ،القاهرة ، ١٤٥١هـ-١٩٩٥،ص ١٣١.

(٥) أخرجه الدار قطني في السنن ، كتاب النكاح ، حديث رقم(٢٠٧)، ج٣ ،دار المعرفة بيروت،١٩٩٦، ص٣٠١.والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،حديث رقم (١٣٥٦٥)، ج٧ ص١٣٧.

- وقالت عائشة رضي الله عنها أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وانكحه ابنة أخته هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى من الأنصار [١].

- وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامه بن زيد مولاه فنكحته بأمره [٢].

- وما رواه أبو هريرة أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ ، فقال النبي : يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه [٣].

- وقول ابن مسعود لامرأة من أهله : أنشدك بالله أن تتزوجي مسلما وإن كان احمر رومياً أو أسود حبشياً [٤].

- ثم إن النبي ﷺ زوج بناته من غير كفؤ ولا أحد يكافئه [٥].

ثالثاً : المعقول : فقالوا لو أن الكفاءة معتبرة في الشرع كان أولى الأبواب بالإعتبار بها في باب الدماء ؛ لأنه يحتاط فيه مالا يحتاط في سائر الأبواب ، ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فها هنا أولى [٦].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون لاعتبار الكفاءة في النكاح بما يلي :

١ - قول النبي ﷺ : (لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم) [١].وفي رواية أخرى :(لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء) .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين ،حديث رقم (١٠٢٣٣)،ط٢، ج٦ ،ص١٥.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ،كتاب الطلاق ،باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، حديث رقم(١٤٨٠) ، ص٥٩٦ .

(٣) رواه أبو داوود في كتاب النكاح باب الأكفاء ، حديث رقم (٢١٠٢) ، ج ١ ، ص٣٣٥ . الدار قطني في سننه كتاب النكاح ، حديث رقم (٣٧٥١ ، ٣٧٥٢ ، ٣٧٥٣) ، ط١ ، ج٣ ، ص٢٠٨ . والحاكم في المستدرك على الصحيحين ، ج ٢ ، ص٦٤ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، باب ما جاء في المناكحة ، حديث رقم (٥٨٤) ، ط ١ ، ج ١ ، ص١٦١ ، وأخرجه الألباني في ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، حديث رقم (١٨٦٥) .

(٥) الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص ٢٧٠ .

(٦) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٢٤ .

٢ – قول الرسول ﷺ لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه : (يا علي ثلاثة لا تؤخرها ، الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والمرأة إذا وجدت كفؤا) [٢].

٣ – وقوله ﷺ : (تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء) [٣].

٤ – وقوله ﷺ : (العرب بعضهم أكفاء لبعض والموالي بعضهم أكفاء لبعض إلا حائكاً أو حَجّاماً) [٤].

٥ – قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء) وفي رواية(لأمنعن فروج ذوات الأحساب من النساء إلا من الأكفاء) [٥].

المناقشة والترجيح : بعد النظر إلى أدلة الفريقين نجد أن أدلة الفريق الأول القائل بعدم اشتراط الكفاءة أقوى وأبلغ في الدلالة على ذلك من القول باعتبار الكفاءة؛ لأن الناظر في أدلتهم التي أوردوها يجد أنها لم يثبت حديث واحد فيها،والإعتراض عليها نورده كما يلي :

---

(١) أخرجه دار قطني في سننه ، كتاب النكاح ، باب المهر ، حديث رقم (٣٥٥٩) ، ط١ ، ج ٣،ص١٧٣ واخرجه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب النكاح ، باب اعتبار الكفاءة ، حديث رقم (١٣٧٥) ، ط١ ، ج٧، ص٢١٥ .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الجنائز ، باب ٧٤ ، حديث رقم (١٠٧٥) . وابن ماجه في سننه كتاب الجنائز ، باب ١٨ ، حديث رقم (١٤٨٦) ، والحاكم في المستدرك على الصحيحين ، كتاب النكاح ، ج ٢، ص١٦٢ ، والبيهقي في سننه الكبرى ، كتاب النكاح ، باب اعتبار الكفاءة ، حديث رقم (١٣٥٧) ،ج٧، ص٢١٤ .

(٣) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب النكاح ، باب اعتبار الكفاءة ، حديث رقم (١٩٦٨) وابن ماجه في سننه ، كتاب النكاح ، باب الأكفاء ، حديث رقم (١٩٦٨) ج٢ ، ص٤٧٤ ، والدار قطني في سننه كتاب النكاح ، حديث رقم (٣٧٤٤ ، ٣٧٤٥ ، ٣٧٤٦) ،ج٣ ، ص٢٠٦ ، ٢٠٧والحاكم في المستدرك على الصحيين،كتاب النكاح ،حديث رقم (٢٦٨٧)ج ٢ ،ص ١٧٦ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ،كتب النكاح ،باب اعتبار الصنعة في الكفاءة ،حديث رقم(١٣٥٤٧، ١٣٤٩،١٣٤٨) ،ج٧،ص١٤٣.ابن قدامة المقدسي ، المغني على مختصر الخرقي ، ج ٦ ، ص٣٣٩ ، وقيل للإمام احمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه ، يعني انه ورد موافقا للعرف ، انظر الزركشي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ج٢ ، ص٣٣٨ .

(٥) رواه ابن أبي شيبه في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب وقالوا في الأكفاء في الانكاح ، حديث رقم (١٧٧٠٢) ، ط ١ ، ج٤ ، ص٥٢ ، ورواه الدار قطني في سننه كتاب النكاح ، حديث رقم (٣٧٤٣) ،ط ١ ، ج٣ ، ص٢٠٦ .

١ - الحديث الأول : وهو حديث ضعيف، فيه بعض الرواة نسبوا إلى الوضع وهو(مبشر بن عبيد) وقال فيه ابن عبد البر: حديث ضعيف لا يحتج بمثله ولا اصل له، أخرجه الدار قطني والبيهقي في سننهما عن مبشر بن عبيد ، حدثني الحجاج بن أرطأة عن عطاء ، عن عمر بن عطاء عن جابر بن عبد الله أيضا وقال الدار قطني : مبشر بن عبيد متروك الحديث وأحاديثه لا يتابع عليها وأسند البيهقي في المعرفة عن احمد بن حنبل أحاديث بن مبشر بن عبيد موضوعة كذب، وقال ابن القطان:الحجاج بن أرطأة ضعيف يدلس على الضعفاء وقال البيهقي: هذا حديث ضعيف بمرة [١].

٢ - الحديث الثاني : قال الترمذي: لا أرى إسناده متصلا وهو حديث غريب [٢].

٣ - الحديث الثالث : قال ابن أبى حاتم في العلل : سألت أبى عن حديث رواه الحارث عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : تخيروا لنطفكم ، قال أبى الحديث ليس له أصل، وقال ابن عدي : والضعف على روايته بينا" وقال الدار قطني :متروك ، وقال الذهبي في التلخيص: عكرمة متهم وضعفوه [٣].

٤ - الحديث الرابع : فقد استنكره ابن أبى حاتم وقال عنه : هذا باطل وكذب ولا اصل له، وقال ابن عبد البر عنه : هذا منكر موضوع وله طرق كلها واهية [٤].

٥ - الحديث الخامس : وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولا يعد قول الصحابي حجة أمام النصوص القرآنية والنبوية والتي يقتضي ظاهرها عدم الكفاءة ، وهو ليس حجة إلا إذا كان عليه الإجماع ولم يرد ذلك [٥].

---

(١) جمال الدين محمد بن عبدالله الزيلعي ، ٧٦٢ هـ ، **نصب الرايه في تخريج أحديث الهداية** ، تحقيق احمد شمس الدين ، ط١ ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦ هـ- ١٩٩٦ م ، ص٢٤٨ . **البيهقي** ، سنن الكبرى ، ج ٧ ، ص٢١٤ ، ٢١٥ . الصنعاني ،**سبل السلام** ،ج ٢ ص١٥٢.ابن قدامة ،**المغني على محتصر الخرقي** ،ج٦ ،ص ٣٣٦.

(٢) محمد سمارة ، **أحكام وثار الزوجية** ، ص ١٢١.

(٣) احمد بن أبى بكر بن اسماعيل الكناني(٨٤٠هـ)، **مصباح الزجاجة** ،تحقيق : محمد المنتقى الكشناوي ،ط٢ ،ج٢،الدار العربية،بيروت،١٤٠٣هـ، ص ١١٥. عبد الرؤوف المناوي ، **فيض القدير** ، ط١،ج٣ ، المكتبة التجارية الكبرى ،مصر، ١٣٥٦هـ،ص٢٣٧

(٤) البيهقي ،**السنن الكبرى** ،ج٧،ص ص١٣٥،١٣٤

(٥) محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص١٢٠ .

وبهذا نخلص إلى أن أدلة القائلين باشتراط الكفاءة لا تقوم بها الحجة لضعف الأدلة التي احتجوا بها أمام قوة أدلة القائلين بعدم اشتراطها ووضوح دلالتها على ذلك وقال البيهقي : (وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها الحجة فيها) [١].

الفرع الثالث : التكييف الفقهي لحكم الكفاءة في عقد الزواج . ذكرنا فيما سبق أن جمهور الفقهاء اعتبروا الكفاءة في عقد النكاح، الا أنهم اختلفوا في أنها هل تعتبر شرط لصحة العقد ؟ أم شرط للزوم العقد ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : وذهب أصحاب هذا القول إلى اعتبار الكفاءة شرطا في صحة عقد الزواج لا شرطا من شروط اللزوم. وهم بعض الحنابلة [٢] .واستدلوا بما يلي: استدلوا بحديث (لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء)

ووجه الدلالة : أن هذا نهيٌ،والنهي يقتضي الفساد وهو ضد الصحة فيكون العقد غير صحيح لانعدام الكفاءة في المنهي عنه، الا لقرينة صارفة ولا قرينة هنا، فيبقى على أصله [٣] .

القول الثاني : وذهب أصحابه إلى اعتبار الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة في العقد ، وهم الحنفية والمالكية، والشافعية في الأظهر عندهم، والحنابلة في الراجح عندهم أيضا[٤] ؛ فلو زوجت المرأة نفسها من غير رضا الأولياء ، لا يلزم العقد وللأولياء حق الإعتراض ؛ لأن الكفاءة حق لهم، ولأنهم ينتفعون بذلك فهم قد يعيرون بدناءة النسب فيتضررون بذلك؛ فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم

---

(١) البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ج ٧ ، ص ٢١٤ .

(٢) ابن قدامه المقدسي ، **المغني** ، ج ٩ ، ص٣٨٧ .بهاء الدين المقدسي ، **العدة شرط العمدة** ، ط١ ، دار النمونجية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ص٣٥٩ . ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ٣٣٦ .

(٣) ابن قدامه المقدسي ، **المغني** ، ج ٩ ، ص٣٨٧ . ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ٣٣٦ .

(٤) . ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ٣٣٦ وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج ٧ ،ص ٢٣٤.عبد الرحمن الجزيري ،**كتاب الفقه على المذاهب الأربعه**،ط١ ،ج٤،دار الفكر ،بيروت ، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص ص٥٠ وما بعدها.

بالاعتراض[١] . جاء في بدائع الصنائع ما نصه : (... لأن في الكفاءة حقا للأولياء لأنهم ينتفعون بذلك ، ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن،ويعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالإعتراض، كالمشتري إذا باع الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع ، كان له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه وكذا هذا ...) [٢]. ثم إن العقد وقع مستكملا كل شروطه وأركانه لكن فيه مساس لحقوق الولي أو الزوجة، فيلزم اعتباره صحيحا غير لازم في حق من لا يرضى به من الولي أو الزوجة ، دفعا للضرر عنه فكانت كخيار العيب [٣]. ويرى الباحث أن ما ذهب إلية الجمهور من اعتبار الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة أوجه دليلا، والأنسب حكما إذ أن المعنى في اعتبار الكفاءة في النكاح هو رفع العار والدنية عن أولياء الزوجة أو عنها هي وذلك يندفع باعتبار النكاح غير لازم في حقهم مع صحته فلا حاجة إلى الحكم بفساده [٤].

الفرع الرابع ": الصفات المعتبرة في الكفاءة : اختلف الفقهاء القائلون في اعتبار الكفاءة في النكاح،في تحديد الصفات المعتبرة في الكفاءة،والصفات التي تجعل من الإنسان كفؤا لغيرة ومساويا له وذلك كما يلي :

الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن الصفات المعتبرة ستة أشياء وهي : الحرية ، والنسب ،و المال ،و الدين والإسلام؛ ويقصد به إسلام الأصول،,والديانه[٥].

المالكية : الصفات المعتبرة في الكفاءة عندهم هي : الدين والحال فقط ، أما الدين فهو التقوى وزيادة الورع فلا يكون الفاسد كفؤا للصالحة وأما الحال فالمراد به السلامة من العيوب التي توجب الخيار في النكاح للزوجة [١].

---

(١) الشيرازي ، **المهذب في الفقه الشافعي** ، ج ٤ ، ص١٢٩ . الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج ٢ ، ص٦٢٣ . العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج ٩ ، ص ١٧١ . الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٤ ، ص٢٠١ .

(٢) الكاساني : **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢ ، ص ٣١٨، طبعة ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ـ١٩٨٦م وطبعة دار إحياء التراث العربي ،ج٢،ص٦٢٤ .

(٣) احمد الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص٣٨٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) السرخسي ، **المبسوط** ، ج ٥ ، ص٢٢ .

الشافعية : ذهب الشافعية إلى اعتبار الكفاءة في خمسة صفات وهي : السلامة من العيوب المثبتة للخيار كالجب والعنة ، والحرية، فالرقيق والمكاتب ليس كفؤا للحرة ، والنسب ، والعفة وهي الدين والصلاح ،و الحرفة وهي المهنة (٢).

الحنابلة : اختلف الحنابلة في تعيين صفات الكفاءة المعتبرة في النكاح عندهم على قولين : القول الأول: فقد روي عن احمد أنهما شرطان فقط وهما الدين والنسب والمراد بالدين هنا التقوى فليس الفاسق كفؤا للمتدينة العفيفة ، والقول الثاني: روي عن احمد أنها خمسة شروط وهي : الدين والنسب ، والحرية،والصناعة،واليسار (٣).

الفرع الخامس":وقت اعتبار الكفاءة : اتفق جمهور الفقهاء على أن الكفاءة تعتبر وقت العقد فقط، فلو كان الزوج كفؤا حين العقد ثم زال عنه وصف الكفاءة فلا أثر لذلك على العقد، ولا يجوز لأحد سواء أكانت الزوجة أو أولياءها طلب الفسخ لعدم الكفاءة ، أضف إلى ذلك أن الكفاءة معتبرة بجانب الرجل لا المرأة لأن الرجل لا يعير بافتراش من لا تكافئهم ، ثم إن النبي ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب (٤) .

حق الإعتراض : حق الكفاءة يثبت للزوجة ويثبت أيضا للأولياء ، فلو زوجها وليها دون رضاها كأن توكله في تزويجها ممن يشاء ، فيزوجها بغير كفؤ مثلا فإن لها حق الاعتراض عند جميع الفقهاء ؛لأن الكفاءة حق للزوجة كما تكون حق للأولياء،

---

(١) الدردير، **الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، ج٢،ص ص ٣٩٩-٤٠٠ وما بعدها. الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣، ص ٥٨ومابعدها . أبو بكر بن حسن الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك إلى مذهب الائمه مالك** ، ج٢،ط١،مكتبة العصرية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م،ص٦٣.

(٢) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج ٥ ، ص٤٢٤ ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج ٤ ، ص٢٧٢ ، الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ١٠٠ . الرملي ، **حاشية الرملي** ، ج٦ ، ص٣١١ .

(٣) ابن قدامه المقدسي، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٣٣٧ ، أبو بكر تقي الدين بن ابراهيم البعلي (٨٦١) ، **حاشية ابن قندس** ، تحقيق عبد المحسن تركي ، ط١ ، ج٨ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص٢٣٣ ، المرداوي ، **تصحيح الفروع** ، ج٨ ، ص ٢٣٣ .

(٤) ابن قدامة المقدسي، **المغني على مختصر الخرقي** ،ج ٦ ،ص ٣٤٠. ـــــ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٩، ص الأنصاري ،**اسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ج٦ ص ٣٤١وما بعدها.الزيلعي ،**تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،ج ٢،ص ٥١٧.وهبة الزحيلي ،**الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧، ص ٢٣٩.الجزيري ،**كتاب الفقه على المذاهب الربعة** ،ج ٤ ،ص ٥٣.محمد سماره ،**أحكام وآثار الزوجية** ،ص ١٢٥-١٢٦.

وذلك دفعا للضرر أو العار عنها، فلا يعتبر موافقة الولي وإسقاط حقه في الكفاءة مسقطا لحقها فيه، وكذلك إذا زوجت نفسها وهي بالغة من زوج غير كفؤ لها، كان للأولياء الإعتراض دفعا للعار عنهم، ولا يكون رضاها به مسقطا لحقهم في الإعتراض، وهذا الحق يثبت على التراخي ولا يسقط هذا الحق الا بالرضا صراحة أو دلالة؛ إما صراحة كأن يصرح بالموافقة على الزوج بعد علمهم بانعدام الكفاءة أو بقولهم : اجزنا الزواج ونحوه ، وإما دلالة كالتمكين من الوطء أو طلب المهر أو النفقة بعد العلم بفوات الكفاءة (١).

نوع الفرقة الناتجة عن التفريق بعدم الكفاءة : الفرقة عند عدم الكفاءة بين الزوجين فسخ باتفاق الفقهاء سواء من اعتبرها شرط لزوم أو شرط صحة وذلك على التفصيل الآتي :

الحنفية :اعتبرها الحنفية فسخا ؛لأنها فرقة جاءت من قبل الزوجة ولا مثيل لها من قبل الزوج ، وهو الضابط الذي وضعه الحنفية كما ذكرنا من قبل للتفريق بين ما يعد طلاقا وما يعد فسخا ،وصفة التفريق عندهم أن يقول القاضي : فسخت العقد بين المدعي والمدعى عليه (٢).

المالكية : يعتبرونها فسخا ؛ لأنها لا تكون عندهم إلا قبل الدخول ، ولذلك يعتبر العقد معها في حكم الفاسد فتكون فسخا (٣).

الشافعية والحنابلة : تعتبر فسخا ؛ لأنها ليست من قبل الزوج ، وكل ما كان ذلك هو فسخ عندهم (١).

---

(١) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص٤٨٢ ، ابن مازه ، **المحيط البرهاني** ، ج ٣ ، ص٢٤ . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، ج ٨ ، ص٢٩٠ ، الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج٤ ، ص١٣٤ .الزركشي ، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** ، ج ٢ ، ص٣٣٦ . النجدي ، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع** ، ج ٦ ، ص٢٨٢ . الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روضة طالب** ، ج ٦ ، ص٣٤١ . الخرشي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٤ ، ص ٢٠٠ . المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص٣٥٩ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣ ، ص٥٩ .

(٢) الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،ج ٢، ص٥١٨. ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار**،ج ٨، ٢٩٠،ابن مازة، **المحيط البرهاني** ، ج٣ ، ٢٤.

(٣) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣ ، ص ٥٩.

أثر التفريق لعدم الكفاءة على المهر والعدة : الفرقة لعدم الكفاءة بين الزوجين تعتبر فسخا ينقض العقد من أساسه لدى جميع الفقهاء ،ولذلك لا يجب على الزوج شيء من المهر إذا وقعت الفرقة قبل الدخول؛ لأنها فسخ من قبل المرأة فلا يجب لها شيء ولا عدة عليها أيضا ؛ لأن العدة لاستبراء الرحم ، ولا حاجة إليه هنا فلا تجب عليها عدة . وأما بعد الدخول فإنه يجب للمرأة فيه كل المهر ؛ لأنه دخول لا يجب فيه حد فوجب فيه المهر . واختلف الفقهاء في المهر الواجب للمرأة بعد الدخول هل هو مهر المسمى ؟ أم مهر المثل ؟ فذهب الحنابلة والذين يرون بأنها شرط صحة بأنه يجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل لفساد العقد بفواتها [٢]. وأما من قال بأنها شرط لزوم كالحنفية فيوجبون فيها المهر المسمى لصحة العقد ، وأما العدة فإنها واجبة بالإجماع بعد الدخول لأن العدة تجب بعد كل دخول لا حد فيه وهي هنا عدة الطلاق فتعتد المرأة هنا بحسب حالها [٣].

الفرع السادس" :الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عد قانون الأحوال الشخصية الأردني الكفاءة شرطا للزوم العقد؛إلا أنه حصر الكفاءة في خصلة واحدة وهي من أقل خصال الكفاءة شأنا عند الفقهاء وهي المال [٤] حيث جاء في المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه: " يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في المال ،وهو أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة ، وتراعى الكفاءة عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج". وعلى هذا فإن نص القانون واضح في قصر الكفاءة على المال دون بقية الخصال ، والحد الأدنى من المال الذي يكون فيه الرجل كفؤا للمرأة هو قدرته على

---

(١) الشيرازي ، **المهذب في الفقه الشافعي** ، ج٤، ص١٣٠. النجدي ، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع** ، ج٥،ص ٢٨٢.

(٢) ابن قدامة ،**المغني** ، ج٩ ،ص ٣٩٠. ابن النجار ، **منتهى الإيرادات في جمع التنقيح والزيادات** ،ج٤ ،ص ١٦١.

(٣) سراج الدين عمر بن ابراهيم ابن نجيم الحنفي (١٠٠٥هـ)، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق** ، ج٢،ط١، دا ر الكتب العلمية ،بيروت ،١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م،ص ٢١١،وانظر أيضا صفحة ٢١٧.الدردير ،**الشرح الصغير** ، ج٢، ص٣٩١.

(٤) أبو الفتح صهر الدين عبد الرشيد بن أبى حنيفة ابن عبد الرزاق الوالواجي (٥٤٠هـ) ، **الفتاوىالولواجية**، ج٢ ، ص.

المهر المعجل ، ونفقة الزوجة، ولقد راعت هذه المادة الكفاءة عند عقد النكاح ،ونصت على أن زوالها بعد العقد لا تؤثر في استمرار العقد ، بل يلزم العقد وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بأن الكفاءة شرط لزوم للعقد لا شرط صحة كما ذكرنا من قبل، والمادة (٢١) لم تجعل للولي ولا للمرأة حق الإعتراض إذا زوجها وليها برضاها لشخص لا يعلمان كفاءته لأنهما قصرا في عدم الاستفسار أو السؤال عن حاله،أما إذا اشترط الولي أو المرأة الكفاءة حين العقد ، أو أخبرهما الخاطب بأنه كفؤ ثم ظهر أنه ليس بكفؤ ،أي غرر بهما فإنه يحق لكل واحد منهما مطالبة القاضي بالفسخ ، حيث جاء في المادة (٢١) ما نصه : " إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفائته ثم تبين أنه غير كفؤ فلا يبقى لأحد منهما حق الإعتراض ، أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ فلكل من الزوجة أو الولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج ، أما إذا كان كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ " . و اعتبر قانون الأحوال الشخصية الإعتراض على الكفاءة حقا للزوجة وحقا للولي ، فإذا ادّعت المرأة أنه لا ولي لها وزوجت نفسها من رجل بدون علم الولي،فإذا زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد، ولا يحق للولي الإعتراض على ذلك،وأما إذا تزوجت من غير كفؤ فيحق للولي الطلب من القضاء فسخ النكاح لعدم الكفاءة ؛ ولأن ذلك حق له فلا يسقط الا بإسقاطه إياه ورضاه بالعقد حيث جاء في المادة (٢٢) ما نصه : " إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر ، فإذا زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل وان زوجت نفسها من غير كفؤ فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح " .

ولقد استكملت المادة (٢٣) الأحكام المتعلقة بالكفاءة عندما نصت على أن القاضي عند طلب فسخ النكاح لعدم طلب الكفاءة إجابة الطلب والتفريق بين الزوجين وفسخ النكاح بينهما ونصت هذه المادة أيضا على استثناء يمنع فسخ النكاح بين الزوجين إذا ما كانت الزوجة حاملا حيث جاء في المادة (٢٣) ما نصه : " للقاضي عند الطلب

فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه وأما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج .

المسألة الرابعة ": نقصان المهر عن مهر المثل.

قبل الحديث عن الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل ،وأثره على عقد النكاح ، كان لابد لنا من بيان المقصود بالمهر وإثبات مشروعيته وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول : تعريف المهر لغة واصطلاحا .

أولا" :المهر لغةً، يقول ابن فارس : الميم والهاء والراء ؟أصلان يدل أحدهما على أمر في شئ خاص والآخر شيء من الحيوان(١). والمهر هو الصداق وجمعه مهور ، ومَهَرَ المرأة يَمْهرها : أجرها (٢). وللمهر أسماء عديدة ذكرها الفقهاء في كتبهم استنباطا من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارها صداقاً يقدمها الزوج لزوجته منها : (مهر ، صداق ، طول ، أجر ، عطية ، حباء ، نحله ، فريضة ، صدقه ، عقر، علائق) (٣).

إلا أننا نجد أن الفقهاء يميلون أو يكثرون من استخدام لفظ الصداق أو المهر في الكثير من كتبهم عند حديثهم عن الأحكام المتعلقة بالمهر؛ وذلك لأن معانيهما بالغةٌ في الدلالة على مقصدهما،إذ إن الصداق سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو أصلٌ في إيجاب المهر ، وقيل أن ما يميز لفظ الصداق عن لفظ المهر هو: أن الصداق ما وجب في تسمية العقد ، والمهر: ما وجب بغير ذلك (٤).

ثانيا" : المهر اصطلاحا : تعددت تعريفات الفقهاء لمعنى المهر في الإصطلاح وذلك على النحو الآتي :

---

(١) ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، ج٥ ، ص٢٨١ ، مادة مهر .

(٢) انظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١٣ ، ص٢٠٧ ، مادة مهر . ابن سيدة ، **المحكم والمحيط الأعظم** ، ج٤ ، ص٣١٦ ، مادة مهر .

(٣) ابن قدامه المقدسي ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٨٠، الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة المعاني ألفاظ المنهاج** ، ج٤ ، ص٣٦٧ . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨، ص٣٤٣الحصكفي ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار** ، ص ١٨٨ .

(٤) الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج ٤ ، ص ص ٣٦٦ ، ٣٦٧.

الحنفية : عرفه الحنفية بأنه : (اسم لما تستحق المرأة بعقد النكاح أو الوطء أو : اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد) [١].

المالكية : عرفوه بأنه : (هو ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها) [٢].

الشافعية : هو : (ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ورجوع شهود) [٣].

وعرف أيضا بأنه : (العوض المستحق في النكاح) [٤] .

الحنابلة : قالوا بأن المهر هو : (العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه) [٥].

الإباضية : عرّفه الثميني بأنه :(فرض لمشقة الحمل والرضاع والتربية صداق) [٦].

من خلال ما سبق من التعاريف يرى الباحث بأنها تتفق من حيث المضمون في المعنى،وإن اختلفت في بعض ألفاظها فهي تفيد معنى واحداً وهو أن المهر ما يجب للمرأة من مال ونحوه بموجب عقد نكاح أو ما جرى مجراه.

الفرع الثاني : مشروعية المهر . ثبتت مشروعية المهر في الكتاب والسنة والإجماع وذلك على النحو الآتي :

---

(١) ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨ ، ص٣٤٣ .

(٢) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ، ص٤٢٨ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣ ، ص١٣٠. أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بابن الدردير (١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير** ، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ-١٩٩٦،ص ١٣١ .

(٣) الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، ج٣ ، ص٣٣٦ ، الهيتمي ، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ج٣ ، ص ٢٧٢ .

(٤) الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص٣٩١ .

(٥) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص١٢٨ .ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٧ ، ص١٣٠ . تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي ابن النجار ، **منتهى الإيرادات في جمع المقنع على التنقيح والزيادات** ، ج٤ ، ط١ ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ١٤١٩ هـ- ١٩٩٩ م ، ص١٣٣ .

(٦) الشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني (١٢٢٣هـ)، **كتاب النيل وشرح العليل** ،ج٦ ، ط٢، دار الفتح ، بيروت ، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص١٤١. ابن طفيش ، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل** ، ج٦ ، ص ١٤١ .

أولا": القرآن الكريم :

جاءت نصوص قرآنية كثيرة دالة على مشروعية المهر منها:

- قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (١). قال أبو عبيد : بمعنى عن طيب نفس بالفريضة التي فرضها الله وقيل : النحلة الهبة ، والصداق في معناها ؛ لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء(٢) .

- وقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (٣).

وجه الدلالة : أن الآية الكريمة قد أمرت بإتيان الزوجات أجورهن، والأجور هي المهور هنا والأمر للوجوب ما لم يصرفه عنه صارف (٤) .

ثانيا" : السنة النبوية : وردت أحاديث كثيرة تدلل على مشروعية المهر منها:

١ - ما روى عن انس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف وبه أثر صفرة فقال : ما هذا ؟ قال : تزوجت امرأة ، فقال : ما أصدقتها ؟ قال: وزن نواة من ذهب . قال : بارك الله لك، أولم ولو بشاة (٥).

٢ - أن رسول الله ﷺ اعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها (٦).

---

(١) سورة النساء : الآية : (٤) .

(٢) ابن قدامه المقدسي ، المغني على مختصر الخرقي ، ج٦ ، ص ٤٨٠ .

(٣) سورة النساء : الآية : (٢٤).

(٤) عمر الأشقر ، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** ، ص٢٥٥ .

(٥) متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة ، حديث رقم (٥١٦٧) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب النكاح باب الصداق حديث رقم (١٤٦٧) .

(٦) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الصداق ، حديث رقم (٤٠٩١) ، ج٩ ، ص٤٠١ ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة بيروت ،١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م . والترمذي في سننه ، كتاب النكاح ، في باب ما جاء في الرجل يعتق الامة ثم يتزوجها ، حديث رقم (١١١٥) ، ج٣ ، ص٤٢٣ . والنسائي في السنن الصغرى ، كتاب النكاح ، باب نكاح العبيد والإماء ، حديث رقم (٢٤٠٣) ، ج٦ ، ص١٢٧ ، ط١ ، مكتبة الرشيد ، السعودية ٢٠٠١ م .والإمام أحمد في مسنده ، مسند انس بن مالك ؓ حديث رقم (١١٩٧٥) ، ج٣ ، ص٩٩ والطيالسي في مسنده ، ما روي عن قتادة ؓ ، حديث رقم (١٩٩١) ، ج١ ، ص٢٦٧ والطبراني في المعجم الصغير الروض الداني ، باب من اسمه مطلب ، حديث رقم (١٠٩٣) ، ط ١ ، ج ٢ ، المكتب الإسلامي ، عمان ، ١٩٨٥ م ، ص٢٣٨ .

ثالثا" : الإجماع : أجمع الصحابة رضوان الله عليهم والمسلمون من بعدهم على وجوب المهر للزوجة على زوجها ، ولم يروى عن أحد منهم من خالف ذلك ، ولم يخلو زواج من مهر في عهدهم، وعليه عمل المسلمون اليوم [(١)]. وقال الماوردي : واجتمعت الأمة على أن صداق الزوجات مستحق [(٢)].

رابعا ": المعقول : إنه لو أبيح أن يتزوج الرجال بدون مهر لكان ذلك ابتذال للنساء وحط من أقدارهن ، فيراها الرجل بعين الإحتقار والمهانة ، فلا يحسن بينهما العشرة ولا تطيب إقامتها معه فيؤدي ذلك إلى فصم العروة ، وتشتيت ما تجمع من الشمل، ولا يعز ذلك على الرجل ؛ لأنه ما فقد شيئا" ولا أنفق في سبيل الوصل إليها شيئا" ، وهو المالك لأمر الإفتراق ، فكان إيجاب المهر عليه بمثابة إشعار له بأن الزوجة شيء لا يسهل الحصول عليه إلا بالبذل والإنفاق حتى لا يفرط فيه بعد الحصول عليه [(٣)]. وبالتالي فان في تشريع المهر تكريما للمرأة ورفعا لشأنها وقدرها .

الفرع الثالث : التفريق لنقصان المهر عن مهر المثل :

بداية ليست هناك فُرقةٌ من فُرَق الزواج عند الفقهاء تسمى فرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل ، ومن قال به وحدهم هم الحنفية، حيث قالوا بوقوع الفرقة بذلك السبب [(٤)]. والسبب وراء ذلك القول عندهم عائد إلى ما يتعلق بالمهر من حقوق ، حيث اثبتوا تعلق المهر بحقوق ثلاثه [(٥)]:

---

(١) ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٨٠ ، ابن عبد البر ، **الاستذكار الجامع لمذاهب الفقهاء الأمصار** ، ج١٦ ، ص٦٧ ، سعدي أبو حبيب ، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي** ، ط٢ ، ج٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م ، ص ٩٧٥ .

(٢) الماوردي ، **الحاوي في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص٣٩٢ .

(٣) محمود مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، ط٢ ، دار النهضة العربية بيروت ، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، ص٣٤١ .محمد محى الدين عبد الحميد ، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع ما يقابلها في الشرائع الأخرى** ، د . ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص١٣٣ .

(٤) انظر : ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار**، ج٨ ،ص ٢٤٤.ابن نجيم ، **البحر الرائف شرح كنز الدقائق** ، ج٣، ص ٢٣٦. الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،ج٣ ، ص ١٩٩. المرغيناني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج١، ص ١٩٩.

(٥) محمد محى الدين عبد الحميد ، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، ص ١٣٩. احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص٤٠٥، حسين السمني ، **الوجيز في الأحوال الشخصية** ، ص ١٢٤. وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ،ص ٢٧٥. محمود بخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص٣٦٨.

١ – **حق الشرع** : أي أنه حقٌّ لله تعالى إذ إنّ البضع في الإسلام لا يجوز أن يخلو عن مهر ، مصداقاً لقول النبي ﷺ : (التمس ولو خاتما من حديد) [١]. ويقول صاحب البدائع ما نصه : (إنّ ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد ؛ لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق، من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج عن ازالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما ؛ لأنه لا يشق عليه إزالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ، ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها الا بمال له حضر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز في الأعين ، فيعز به إمساكه، وما يتيسر طريق إصابته يهون في الأعين،فيهون إمساكه ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح) أ .هـ [٢].

ويعتبر حق الشرع إظهاراً لحرمة الفرج ،وخطر الزواج، وبيان مدى أهمية هذا العقد ومدى خطورته ،وهذا الحق لا يسقط بإسقاط أحد الا إذا أسقطته الزوجة بعد ثبوته لها ،كأن تبرئه منه أو تسقط بعضه عنه ،لأن حق الشارع مقصورٌ على الثبوت فقط والاستيفاء حقها وحدها فكان لها الإبراء أو الإسقاط [٣].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب فضائل القرآن ، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، حديث رقم (٤٧٤١)، وفي باب ، تزويج المعسر حديث رقم (٤٧٩٩)و(٤٧٢٩) و(٤٨٣٩)، وفي باب القراءة عن ظهر قلب ،حديث رقم (٤٧٤٢)،ط٣ ج٤،ص ١٩٢. وأخرجه النسائي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ، باب ذكر أمر النبي ﷺ وأزواجه في النكاح ،حديث رقم (٥٣٠٨)،ج٣،ص٢٥٩. وأبو داود في سننه ، كتاب النكاح ،باب التزويج على العمل يعمل ....، حديث رقم (٢١١١)،ج٢،ص٢٣٦. و الإمام مالك في الموطأ ،كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحباء ،حديث رقم (١٠٩٦) ،ج٢ ،ص ٥٢٦. والإمام أحمد في مسنده ،حديث أبى مالك سهل بن سعد الساعدي ، حديث رقم (٢٢٩٠١)،ج٥،ص ٢٣٦.

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢ ،ص ٥٦٠ طبعة دار إحياء التراث العربي .

(٣) علي بن زكريا المنبجي أبو محمد(٦٨٦هـ)، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** ، تحقيق : محمد فضل عبد العزيز مراد ،ط٢ ج٢ ، دار القلم ، دمشق ، ص ٦٧٠. احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٤٠٦ .

٢ - **حق الزوجة** : وحق الزوجة أن تبلغ فيه إلى مهر مثلها إن كانت رشيدة بالغة ،فإذا زوجها وكيل أو ولي مجبر بأقلّ من مهر مثلها دون رضاها بذلك المهر كان العقد فاسداً لفوات حقها في المهر [١].

٣ - **حق الأولياء** : وهذا ما اختص به الحنفية وحدهم وبالتحديد الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ﷺ ،حيث أثبت أنَّ للأولياء حقا في مهر المرأة ؛ وذلك أنْ تبلغ المرأة مهر مثلها ، فإن تزوجت دون رضى وليها،وكانت بالغة عاقلة، بأقل من مهر مثلها ،كان العقد صحيحاً ولازماً في حقها وحدها ، ولكن غير لازم في حق الأولياء فيجوز لوليها الأقرب الإعتراض على النكاح وطلب فسخه .

واستدل أبو حنيفة بما يلي[٢]:

أ - أنَّ الأولياء يتفاخرون عادة بمهور من تزوجت من نسائهم،ويعيرون بنزوله عن مهر مثلها ، فكان لهم كما في الكفاءة من حق في الاعتراض على النكاح وفسخه دفعا للعار عن أنفسهم،فيتفق الفسخ لعدم الكفاءة بالفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل .

ب - إن المهور القليلة هي مهور المومسات والزانيات وهي عادة قليلة ، وفيه يقول القائل :

وما عليّ أن تكون جاريه تمشط رأسي وتكون فاليه

حتى إذا ما بلغت ثمانية زوجتها مروان أو معاوية

أختان صدق ومهور غالية [٣].

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢،ص ٥٧٩. الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٢،ص٥٢٢، ٥٧٢. واشار أيضا إلى ذلك ابن حزم الظاهري ، انظر : ابن حزم الظاهري ، **المحلـى** ، ج ٩ ،ص ٤٦٦.

(٢) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥، ص ص ١٣-١٤. ابن نجيم ،**البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ،ص ٢٣٦.الزيلعي ،**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٢ ،ص ٥٨. أبو الفتح صهر الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة ابن عبد الرزاق الوالواجيي (٥٤٠هـ) ، **الفتاوى الولواجية** ، ، ج ١ ، ،ص ٣١٦. المرغيناني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج١، ص ١٩٦.

(٣) السرخسي ، **المبسوط** ، ج ٥، ص ١٤.

ج – إن الآثار المترتبة على نقصان المهور لا تنحصر هذه الآثار فقط في المرأة نفسها التي تزوجت بمهر قليل،لا بل تتعداها إلى غيرها من النساء أي نساء العشيرة فإنَّ من تزوج منهنَّ بعد هذا بغير مهر فإنما يقدر مهرها بمهر هذه ، فعرف أنَّ في ذلك ضررٌ عليهنّ وإنّ ما يذّب عن نساء العشيرة رجالها،فكان لهم حق الاعتراض .

د – إذا ما تم تصحيح ذلك الأمر بتسمية الصداق كاملاً صار حق العشرية مستوفا، وبقاء المهر يخلص لها فإن شاءت استوفت وإن شاءت أبرأت،وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الإبتداء وإن كان البقاء يخلص لها .

أما جمهور الفقهاء ومنهم أيضا الصاحبان ، فلم يروا الجواز في فسخ النكاح لنقصان المهر عن مهر المثل واحتج الصاحبان والجمهور بما يلي :

١ – أن المهر حق خالص للزوجة فهو بدل المملوك ، لها التصرف فيه كيفما شاءت إذ أنها صاحبة الحق والمهر ثمن بضعها .

٢ – أن الاستيفاء والإبراء للزوجة وحدها فقط وتصرفها في ما هو خالص حقها صحيحا، فلا يكون للأولياء حق الإعتراض عليه ، وكما أنه ليس لهم ذلك؛ لأن ما زاد عن العشرة دراهم حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما في الإبراء بعد التسمية [1].

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ،ص ٢٣٦. السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥،ص ١٣. ابن نجيم ،**النهر الفائق شرح كنز الدقائق** ،ج٢،ص ٢٢٤.الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢،ص ٣٤٤. احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ،ص ٤١٠.

الفرع الرابع : نوع الفرقة وطريقة وقوعها :

الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل اختص بها الحنفية وحدهم ، إذ أن المقرر لدى الفقهاء أن لا فرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة ، فإذا ما تزوجت المرأة دون رضا وليها وكان المهر ناقصا عن مهر أمثالها فإن لأوليائها في هذه الحالة أن يطلبوا إلى القاضي فسخ العقد، والقاضي إذا ما رفع الأمر إليه يطلب من الزوج زيادة المهر المسمى إلى مهر المثل ،فإن فعل فالعقد صحيح لازم لتحقق مصلحة الأولياء،وان أبى ورفض زيادة مهرها إلى مهر أمثالها فسخ القاضي العقد لحق الأولياء . والفرقة الناتجة عن ذلك فسخ عند الحنفية ؛ لأنها ليست صادرة من الزوج لا حقيقةً ولا حكماً، ولا بسبب يختص به فكانت فسخاً لا طلاقاً ، ثم إن هذه الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي لأنه فصل مجتهد فيه [١].

الفرع الخامس : أثر هذه الفرقة على المهر والعدة .

حكم المهر والعدة بعد هذه الفرقة عند أبى حنيفة كحكم الفرقة لفوات الكفاءة تماما وقد تقدم ذلك .

الفرع السادس : موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني :

لم يتعرض المشرع الأردني في مسألة التفريق بسبب نقصان المهر عن مهر المثل ،ولم يعالجه في مادة قانونية ولم يذكره عند ذكره للتفريق بسبب الإعسار في المهر ، وهو مما يكون قد اندرج تحت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي نصت على ما يلي: (ما لا ذكر له يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة) [٢] .

---

(١) انظر المراجع السابقة مراجع الحنفية : السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥، ص ص ١٣-١٤. ابن نجيم **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ،ص ٢٣٦.الزيلعي ،**تبين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٢ ،ص ٥٨. أبو الفتح صهر الدين عبد الرشيد بن أبى حنيفة ابن عبد الرزاق الولواجي (٥٤٠هـ) ، **الفتاوى الولواجية** ، ، ج ١ ، ص ٣١٦. المرغيناني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج١، ص ١٩٦.

(٢) المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٧٦.

إلا أنه من الملاحظ من خلال التتبع للقضايا التي تنظرها المحاكم الشرعية أنه لم يذكر قط أنه تم الاعتراض على نقصان المهر، وكان سبباً لدعوى في يوم من الأيام – نقصان المهر عن مهر المثل –،والذي يثبت ذلك أيضاًعدم وجود قرارات استئنافية صادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية في مثل هذا الأمر .

المطلب الثاني : الفرقة بالفسخ لأسباب طارئة على العقد وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى": الفسخ بسبب الردة .

الفرع الأول ": ماهية الردة .

أولاً : الردة في اللغة : الرِدة بكسر الراء مصدر من قولك : رَدَّه ، يَرُدّه ، والرِدّة : اسمٌ ومصدر من الإرتداد، وهي الرجوع عن الإسلام ،ومنه الردة عن الإسلام، ويقال : ارتد عنه ارتداداً أي تحول ، وارتد فلانٌ عن دينه : إذا كفر بعد إسلامه ، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (١)(٢). وعلى هذا فإن الردة تفيد مطلق الرجوع ولكنها أصبحت علامة على من رجع عن دينه ، أو رجع إلى الكفر بعد الإسلام ،وعلى هذا أيضا كان المرتد : هو الراجع عن الإسلام بعد دخوله فيه (٣) .

ثانياً " : الردة في الاصطلاح : عرف الفقهاء الردة بتعريفات عديدة نوردها كما يلي:

الحنفية ": الردة عندهم هي : " الرجوع عن الإيمان أو الإسلام " (٤).

المالكية" : عرفوها بأنّها : " كفر مسلم بصريح القول أو بلفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه " (٥).

---

(١) الخليل بن احمد الفراهيدي ، **كتاب العين مرتبا على حروف المعجم** ، تحقيق: عبد الحميد هنداوي ،ج٢ ، ط١ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م ، ص١١٠. ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٥ ، ص ١٨٤ . الرازي ، **مختار الصحاح** ، ص ٢٣٩ .

(٢) سورة البقرة :الآية : (٢١٧)

(٣) عادل عبد الوجود وآخرون ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج٢٤، ص ٤.

(٤) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٦ص١١٧.ابن الهمام ،**شرح فتح القدير** ، ج٦ ،ص٦٠.

(٥) أحمد بن محمد الدردير ، **الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإملم مالك** ،ج٤، ص ٤٣. أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإملم مالك** ، ج٤، ط١ ، الدار

الشافعية" : "الردة هي: قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل سواء قاله استهزاءً أو عناداً أو اعتناقاً " [١].

الحنابلة ": " هي الرجوع عن الإسلام إلى الكفر "[٢]. وعرفها الجعفرية بأنها : " الكفر بعد الإسلام" [٣].

ومن خلال التمعن في معاني الردة عند الفقهاء نجد أن الفقهاء كلهم قد أجمعوا على أن الردة هي الخروج من الإسلام إلى الكفر، وبين مضيف لضابط القول أو الفعل وعدمه .

الفرع الثاني" : أثر الردة على عقد النكاح .

ليس النكاح في الشريعة الإسلامية مجرد ارتباط جسدي بين اثنين فحسب ، بل هو علاقة تقوم على أساس وحدة المبادئ والأفكار والمشاعر من خلال العقيدة الواحدة،حتى تتحقق السكينة بين الزوجين وتحفهم الطمأنينة ، وأهم من ذلك كله هو حفظ الأسرة من الضياع والأولاد من التشتت، ولما كانت العقيدة هي الأساس والمرجع في العلاقات وخصوصا في عقد النكاح وفي علاقة الرجل مع المرأة ،أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج الكتابية،وحرم عليه المشركة الكافرة حيث قال تعالى: ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ [٤] ، وقال عز وجل أيضا: ﴿وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ

السودانية ، الخرطوم .١٤١٨هـ- ١٩٩٨، ص ٨١٢.عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني (٧٧٦هـ)،**شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** ، ج٨، ط١ ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م،ص ١٠٨.

(١) الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ معاني المنهاج**،ج٤،ص ٤٣١.القيلوبي وعميرة ، **حاشيتا القيلوبي وعميرة على كنز الراغبين** ،ج٤،ص ٢٦٧.النووي ، **منهاج الطالبين** ، ج١ ، ص ١٣١.

(٢) ابن قدامة المقدسي(٦٢٠هـ) ، **الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل** ،ط١ ، دار ابن حزم ،بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م،ص ٨٤٢.

(٣) الهذلي ، **شرائع الإسلام** ،ج٢،ص ٢٥٩.

(٤) سورة النساء : الآية : (٥)

حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾ [١]. إلّا أنه قد يعرض للمسلم أو المسلمة على حد سواء بعد النكاح ما يجعل أحدهما يخرج عن الإسلام إما بقول أو فعل أو اعتقاد،يخرجه من الإسلام، وهذا الخروج يعتبر انقلابا على نظام ربط بينهما ونظم علاقتهما ببعض ،فما هو الحكم ؟ وما هو الأثر المترتب على ذلك النكاح ؟ .

بداية اتفق جمهور الفقهاء على وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب الردة ، إلا ما حكي عن داود الظاهري وابن أبي ليلى [٢] : حيث قالوا بأنه لا ينفسخ النكاح بالردة ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، ولم يطرأ ما يخالف هذا الأصل ،إلا أنّ ما حكي عنهم حجة عليهم ،إذ إن الأصل بقاء النكاح إذا لم يطرأ ما ينافي بقاءه ، واختلاف الدين مناف من غير شك يمنع بقاء النكاح أي الأصل [٣]. وهناك بعض الأمور يجب التنبه لها والإشارة إليها قبل الخوض في تفاصيل هذه الفرقة ونوعها وطريقة وقوعها وهي ما يلي :

أولا ": ردة الزوجة حيلة للخلاص من الزواج : حيث ذهب بعض الحنفية كمشايخ بلخ و سمرقند إلى أنه لا تقع الفرقة بردة الزوجة استحسانا وحسما لباب المعصية والحيلة للخلاص من الزواج ،إذ إنه ليس لها سبيل إلى الطلاق بخلاف الزوج فإنه غير متهم لقدرته على التخلص من الزوجة بالطلاق ، أي أن المرأة إذا قصدت بردتها فسخ النكاح لكرهها لزوجها أو غيره من الأسباب ، اعتبرت ردتها حيلة

---

(١) سورة البقرة : الآية :(٢٢١)

(٢) **داود الظاهري** : هو داود بن علي بن خلف الأصبهاني ،أبو سليمان الملقب بالظاهري ،أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام ،واليه تنسب الطائفة الظاهرية ،وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة واعرضها عن التأويل ،ولد في الكوفة سنة(٢٠١هـ) واصله من أصبهان ،وسكن بغداد وتوفي فيها سنة (٢٧٠هـ). الزركلي ،**الأعلام** ،ج٣،ط٣،ص ٨.الذهبي ، أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي ،**تذكرة الحفاظ** ، ج٢، د.ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،ص ٢١٦.

(٣) ابن عابدين ،**حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ،ج٧،ص ٢٤٦. أبو زكريا الأنصاري ،**اسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ج٦،ص ص ٤٢٥-٤٢٦. الماوردي ، **الحاوي الكبير في الفقه الشافعي** ، ج ٩،ص ٢٩٥وما بعدها . السرخسي ،**المبسوط** ، ج٤، ص ٤٩. الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣ ،ص ٩٢.

للخلاص من الزواج،ودلت عليه القرائن فلا يفرق بينهما ، وتعامل بنيقض قصدها[١] ، وهذا أيضا مروي عن الإمام مالك حيث جاء في حاشية الدسوقي ما نصه :(روي عن الإمام مالك انه إذا ارتدت الزوجة تريد فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقا وتبقى على عصمته)ا.هـ[٢].

فإذا قامت القرائن على أن غرض الزوجة من الردة الاحتيال على الخلاص من الزوج فإنها تعامل بنقيض قصدها ولا يفسخ النكاح بردتها [٣].

ثانياً ":ارتداد الزوجين معا" : حيث خالف الحنفية في هذا الأمر جمهور الفقهاء ، فذهبوا إلى عدم وقوع الفرقة بردة الزوجين معا" استحسانا" ،وقالوا بوقوعها أيضا قياسا ، أما استحساناً ؛ فلأن سبب الفرقة بينهما في الردة هو اختلاف الدين وهنا لم يحصل ذلك وهو كما لو اسلما معا ، ثم إن المعنى في التفريق لاختلاف الدين هو عدم انتظام المصالح بينهما والواقعة على الارتداد ظاهرة في انتظامها حيث جاء في بدائع الصنائع ما نصه : (... فإذا ارتدا معاً فلا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما والقياس أن تقع الفرقة وهو قول زفر، ووجه القياس انه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة فكذا إذا ارتدا ، لأن في ردتهما ردة أحدهما وزيادة وللاستحسان إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن العرب لما ارتدت في زمن أبى بكر ﷺ ثم اسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم) [٤].

الفرع الثالث ":وقت وقوع الفرقة بالردة والحكم بفسخ العقد :

اختلف الفقهاء في وقت وقوع الفرقة بالردة على ثلاثة أقوال وذلك كما يلي :

القول الأول : " التعجيل بوقوع الفرقة بالردة " ، ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين إلى التعجيل بوقوع الفرقة بمجرد الإرتداد من احد الزوجين سواء كان المرتد الزوج أو الزوجة، وسواء حصل دخول أو لم يحصل ،ولا ينتظر

---

(١) ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٣٣٧ ، ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨ ، ص٦٤٨ .

(٢) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج ٣ ، ص ٩٢ .

(٣) الخطاب الرعيني ، **مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل** ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .

(٤) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج ٢ ، ص٦٥٦ .

عرض الإسلام على الزوج المرتد فتقع الفرقة بينهما بارتداد أحدهما سواء رجع بعد ذلك إلى الإسلام أم لم يرجع(١).

القول الثاني :" عدم التعجيل بوقوع الفرقة " ، حيث ذهب الشافعية والحنابلة في رواية عندهم إلى أن الفرقة بردة أحد الزوجين كالفرقة بإسلامه تماما ، فإن كانت الردة من أحدهما أو من كليهما قبل الدخول وقعت الفرقة بالردة مباشرة ، وإن كانت بعد الدخول توقفت على مضي العدة للمرأة،فإن تاب المرتد فيها ورجع إلى الإسلام لم تقع الفرقة ،وإن مضت العدة حتى انقضت ولم يتب ولم يرجع إلى الإسلام وقعت من تاريخ الردة (٢).

القول الثالث : " عدم وقوع الفرقة بالردة أصلاً " ، وذهب إلى ذلك أبو داود الظاهري وابن أبي ليلى(٣) حيث ذهبوا إلى أن الفرقة بردة أحد الزوجين لا تقع قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد ، فإن تاب فهي امرأته وإن مات أو قتل ورثته وقاسه على إسلام احد الزوجين (٤).

---

(١) ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٣٧٧ ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص٤٩ ، ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨ ، ص ٦٤٨ ، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي (٦٨٤ هـ) **الذخيرة في فروع المالكية** ، تحقيق أبو إسحاق احمد عبد الرحمن ، ط١ ، ج ٤ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٢ م ، ص١٢٣ .الزرقاني ، **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** ، ج٣ ، ص٤٠٦ ، ابن قدامه المغني ، ج٩ ، ص١٥٩ ،أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقي (٣٣٤هـ) ، **مختصر الخرقي** ، ط٣ ، ص٩٧ .

(٢) عبد الرحمن بن محمد النجدي الحنبلي ، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، ج٦ ، ص٣٦١ ، البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، د ط ، ج ٥ ، دار عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ص١٢١ . الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج٤ ، ص ١٨٩ ، النووي ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، ط٢ ، ج٧ ، المكتب الإسلامي بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص١٤١ .يحيى بن أبي الخير بن سالم بن اسعد بن عبد الله العمراني (٥٥٨ هـ) ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق احمد حجازي احمد السقا ، ج٩ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م ، ص٣٢٣ .

(٣) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٤٩ .

(٤) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص ٤٩ .

الفرع الرابع ":نوع الفرقة بالردة :

قلنا إن فرق الزواج إما أن تكون طلاقاً وإما أن تكون فسخاً وذلك اعتباراً إلى ضابطٍ اتخذه الفقهاء مناطاً " يفرقون على أساسه بين ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً، والفرقة بسبب الردة اختلف الفقهاء في نوعها هل هي فسخ أم طلاق ؟ وذلك كما يلي :

١ - **الحنفية** [١]: اختلف الحنفية فيما بينهم بنوع الفرقة الواقعة بسبب الردة، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها فسخ لا طلاق ، سواء أكان المرتد هو الزوج أو الزوجة وسبب اعتبارها فسخا عندهما هو أنها صدرت من جهة الزوجة، وكل ما يصدر منها لا يكون طلاقا ،إذ أنها لا تملكه فلذلك تعتبر فسخا، وأما إن كانت صادرة من قبل الزوج فقال أبو يوسف: (إنها لو كانت من المرأة كانت فسخا فكذلك لو كانت من الرجل لأن السبب الواحد لا يتعدد حكمه) ، ويضيف أبو حنيفة أنها وقعت أيضا بالتنافي وهو اختلاف الدين فكانت فسخا حيث قال : إن الردة منافية للنكاح لمنافاتها العصمة ، والطلاق يستدعي قيام النكاح فتعذر جعلها طلاقاً. أما محمد فذهب إلى أنها طلاق بائن سواء كانت من قبل الزوج أو من قبل الزوجة والسبب، وراء قوله هذا هو أنه إن كانت من قبل الزوج فلأنها فرقة جاءت من قبله فهي طلاق ، وأما إن كانت من قبل الزوجة فكأنها كانت من قبل الزوج والسبب الواحد لا يتعدد حكمه واعتبر الردة فيه كالإباء عن الدخول في الإسلام [٢].

المالكية [٣]: للمالكية عدة روايات في الفرقة بسبب الردة وهي كما يلي :

الأولى : وهي المشهورة في المذهب والمعتمدة وعليها الفتوى أنها طلاق بائن ، سواء كانت من قبل الزوج أو الزوجة ، ولأنها سببت حرمة بينهما بحيث لا يستطيعان المقام معها، إلا أنها فرقة من نكاح صحيح فكانت طلاقاً .

---

(١) ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨ ، ص٦٤٤ ، المرغيناني ، **الهداية في شرح بداية المبتدى** ، ج٢ ، ص٢١٥ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٣ ، ٣٧٥ .

(٣) الحطاب الرعيني ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ج٥ ، ١٣٧ صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، **الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ،١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .

الثانية : أنها طلاق رجعي وهي رواية المخزومي .

الثالثة : أنها فسخ وهو قول ابن الماجشون وابن أبى أويس .

الشافعية والحنابلة(١) : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة الواقعة بسبب الردة فسخ مطلقا ؛ لأنها ليست من قبل الزوج ولا بلفظه وما كان كذلك فهو فسخ عندهم ، حيث قال الشافعي : (كل ما حكم فيه بالفرقة وان لم ينطق بها الزوج ولم يردها وما لو أراد أن لا توقع عليه الفرقة أو وقعت فهي فرقة لا تسمى طلاقا لأن الطلاق ليس من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه ... وعد من تلك الفرق ردة احد الزوجين) (٢).

أثر الفرقة بسبب الردة على المهر والعدة :

إذا كانت الفرقة بعد الدخول فللزوجة على زوجها المهر كاملا؛ لأن الدخول لا يخلو عن مهر أو حد ولا حد هنا فوجب المهر ، والمهر هنا هو المهر المسمى في العقد لصحة النكاح، وإن لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة في العقد كأن كان خمرا أو خنزيرا أو لم يسمى مطلقا أو اشترط فيه عدم المهر فالواجب مهر المثل في الدخول . وإن كانت الفرقة قبل الدخول وكانت الردة من الزوجة لم يكن لها شيء مطلقا من المهر لأن الفرقة جاءت بسببها وإن كانت بسبب الزوج وجب لها نصف المهر وهو المسمى وان لم يكن مسمى مطلقا وجب لها المتعة (٣) .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني :

لم يتعرض المشرع الأردني إلى مسألة التفريق بين الزوجين بسبب الردة ،ولا يوجد هناك نص قانوني يبين وقوع الفرقة ونوع الفرقة ولذلك فإنه يتعين

---

(١) الشافعي ، **ألام** ، ج٦ ، ص٣١٠ . العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص٢٩٩ . أبو يحيى زكريا الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روضه الطالب** ، ج٦ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ص٣٩٧ . ابن قدامه ، **المغني** ، ج٩ ، ص٥٥٢ . إبراهيم بن محمد بن سالم ضويان (٣٥٣هـ) ، **منار السبيل** ،تحقيق عصام القلعجي ، ج ٢ ، ط ٢ ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٤٠٥ هـ ، ص١٦٩ .

(٢) الشافعي ، **الأم** ، ج٦، الطبعة الأولى ، دار الوفاء ، المنصوره ،١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م،ص٣٩ .

(٣) ابن قدامة ، **المغني على مختصر الخرقي**، ج٦،ص ص ٤٥٠-٤٥١-٤٥٢ . الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج ٤،ص ص ٣١٧-٣١٨. ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ،ج ٣،ص ٢١٦. ابن قدامة ، **المغني مع الشرح الكبير**، ج ٧،ص ٥٦٤.عبد الرحمن الجزيري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ، ج٤،ص ١٩٨وما بعدها، احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٢٤٨ .

الرجوع في هذا الموضوع إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦م . وهناك قرارات استئنافية صدرت عن محكمة الاستئناف الشرعية في هذا الموضوع نذكر منها :

١ - جاء في القرار رقم (٩٣٢٥) : فسخ النكاح للردة لا يتوقف على القضاء إذا ارتد الزوج أمام القاضي، فإن هذه الردة تجعل النكاح بينه وبين زوجته منفسخاً بلا توقف على القضاء ،ويجب على المحكمة إبلاغ الزوجة الحكم الشرعي ووجب العدة إذا كان بعد الدخول [١].

٢ - وجاء في القرار رقم (٨٨٧٣) ما نصه : تفريق للردة بسبب شتم الدين والتعرض لمقام صاحب الرسالة العظمى ﷺ : إذا ادعت أن زوجها ارتد عن الإسلام بقوله لها (يلعن دينك ودين دينك ودين محمّدك) فإن تلك الألفاظ إذا ثبت صدورها من الزوج بوجه شرعي تستلزم الردة والعياذ بالله تعالى، وهذا التفريق بينه وبين زوجته لما فيه من شتم الدين والتعرض لمقام صاحب الرسالة العظمى محمد ﷺ [٢].

٣ - وجاء في القرار رقم (٩٣٢٥) ما نصه : التفريق للردة هي فسخ لا طلاق: التفريق لردة الزوج يعتبر فسخا للنكاح لا ينقص عدد الطلاق كما ذهب إلى ذلك الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف [٣]. وفي القرار رقم (٩٣٢٥) التفريق للردة لا يؤثر على الحقوق الزوجية كالنفقة والمهر وأجرة الحضانة [٤].

---

(١) عبد الفتاح عايش عمره ، **القرارات القضائية** ، ص ١٠٩ .

(٢) عبدالفتاح عايش عمره ، **القرارات القضائية** ، ص١٠٨ .

(٣) المصدر ذاته .

(٤) المصدر ذاته .

المسألة الثانية : الفسخ بإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام :

أولا" : الإباء لغة : الإباء بالكسر مصدر أبى ، نقول أبى فلان أي امتنع [1].

ثانيا" : أثر الإباء عن الدخول في الإسلام في عقد النكاح :

إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ، سواء كان المسلم الزوج أو الزوجة أو بقي الآخر منهما على الكفر ، فهل يقران على النكاح وما حكم نكاحهما ؟ .

في هذه المسألة عدة صور :

١ – قد يسلم الزوجان معاً .

٢ – قد تسلم الزوجة وحدها ويبقى زوجها على الكفر .

٣ – قد يسلم الزوج وزوجته كتابية .

٤ – قد يسلم الزوج والزوجة كافرة غير كتابية .

٥ – قد يسلم أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده .

فهل يقر الزوجان على النكاح ؟ وإن كانا لا يقران فهل تقع الفرقة بينهما في الحال ؟

اتفق الفقهاء على بعض المسائل واختلفوا في أحكام بعضها وذلك كما يلي :

أولا : اتفق الفقهاء على أنه إذا أسلم الزوجان معاً وكانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال فإنهما يقران على النكاح سواء كان إسلامهما قبل الدخول أو بعده[2].

ثانيا" : واتفقوا أيضا على أنه إذا اسلم الزوجان معاً ، وكانت الزوجة محرمة على الزوج حرمة مؤبدة كما لو كانت أخته نسبا أو رضاعة ، فانه يفرق بينهما ولا يقران على النكاح [3].

ثالثا" : واتفقوا على أنه إذا أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية وبقيت على دينها فإنه يقر النكاح بينهما من غير عرض الإسلام عليها لجواز ابتداء النكاح بينهما [1].

---

(١) الفيروزآبادي ، **القاموس المحيط** ، ج ٤ ، ص٢٩٦ ، باب الواو والهاء فصل الهمزة .

(٢) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص٤٨٠ ، ابن قدامه ، المغني ، ج١٠، ص ٧ ، العدوي ، **حاشية العدوي على الخرشي** ، ج٤ ، ص٢٤٧ .

(٣) ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٣٢٣ ، القرافي ، **الذخيرة في الفقه المالكي** ، ج٤ ، ص٤٨٢ ، النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص٤٨٢ ، ابن قدامه، **المغني** ، ج١٠ ، ص ٥ .

واختلف الفقهاء فيما إذا أسلم الزوج وكانت زوجته كافرة غير كتابية ، أو أسلمت الزوجة وزوجها كافر كتابي أو غير كتابي وهو موضوع هذا البحث، وللفقهاء في هذه المسألة تفصيل نذكر رأي كل مذهب على حده :

الحنفية : ذهب الحنفية إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين في مثل هذه الحالة عرض الإسلام على الكافر منهما ، فإن أسلموا اقرَّ النكاح بينهما ،وإذا صرح الكافر منهما بالإباء في الدخول بالإسلام ،فرّق القاضي بينهما في الحال ، فإن سكت كرر القاضي العرض عليه ثلاث مرات احتياطاً ، فإن لم يسلم فرق بينهما ولا تقع الفرقة بمجرد الإباء عن الدخول في الإسلام ، بل تحتاج إلى قضاء القاضي لأنه مجتهد فيها والفرقة بإباء الزوج عن الدخول في الإسلام هي فرقة طلاق بائن عند جمهور الحنفية، خلافا لأبي يوسف الذي يرى أنها فرقة فسخ، وأما إن وقعت بسبب إباء الزوجة الدخول في الإسلام فهي فرقة فسخ في اتفاق الحنفية [٢].

المالكية : ذهب المالكية إلى أنه إذا كان الزوج مسلما وكانت الزوجة كافرة غير كتابية وكان إسلامه بعد الدخول فإنه يعرض الإسلام على الزوجة فإن أسلمت يقر النكاح بينهما ، وإن أبت الإسلام وقعت الفرقة بينهما . فإن لم يعرض عليها الإسلام بأن غفل عنها فإن أسلمت في وقت قريب كشهر ونحوه، بقي الزواج بينهما وإلا وقعت الفرقة بينهما ، وأما إن كان إسلام الزوجة قبل الدخول فإنها لا تبقى زوجته إلا أن تسلم في وقت قريب جداً وروي في ذلك يومين أو ثلاثة أيام .

أما إذا كانت المسلمة هي الزوجة وكان مدخولاً بها فلا يعرض الإسلام على زوجها الكافر، فإن أسلم في عدتها أقر النكاح بينهما، وأما إذا انقضت عدتها ولم يسلم فرق بينهما، وأما إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول فإنها تبين من زوجها الكافر في الحال،

---

(١) الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٢٩ ، الإمام مالك ، **المدونة** ، ج٢ ، ص٢١٣ ، الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص٢٥٨ .النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ، ص٤٨٠ ، المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص٣٧٧ ، الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج٤ ، ص٣٢٠ .

(٢) الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص ص ٦١٤ – ٦١٥ ، ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ص ٢٢٦ وما بعدها .

والفرقة عند المالكية بإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام فرقة فسخ من غير تفريق بين من أبى الإسلام من الزوجين [١].

الشافعية والحنابلة[٢] : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين قبل الآخر وكان إسلامه قبل الدخول ، وقعت الفرقة بينهما في الحال من وقت إسلام أحدهما[٣] .

أما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين بعد الدخول ذهب الشافعية واحمد في رواية إلى أنه إذا دخل الكافر منهما في الإسلام قبل انقضاء العدة استمر النكاح بينهما، فإذا انقضت العدة دون إسلام الكافر منهما وقعت الفرقة بينهما من وقت إسلام المسلم منهما ، والرواية الأخرى عن أحمد أن الفرقة في هذه الحالة تقع بين الزوجين من وقت إسلام المسلم منهما .

والفرقة الواقعة بين الزوجين بدخول أحدهما في الإسلام وبقاء الآخر على دين الكافر هي فرقة فسخ كما قال المالكية[٤] .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني .

لم يعالج قانون الأحوال الشخصية الأردني موضوع التفريق بين الزوجين لإباء أحدهما الدخول في الإسلام .

---

(١) القرافي ، **الذخيرة في فروع المالكية** ، ج٤ ، ص٢٤٥ ، العدوي ، **حاشية العدوي على الخرشي** ، ج٢ ، ص٢٤٥ ، الإمام مالك ، **المدونة** ، ج٢ ، ص٢١٢ .

(٢) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٨ ، المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص٣٧٧ . ابن قدامة المقدسي ، **المغني على مختصر الخرقي** ،ج ٦ص ٤٣٣وما بعدها . الإمام القاضي تقي الدين أبو بكر بن زيد الجراعي الحنبلي الدمشقي (٨٨٣هـ)، **غاية المطلب في معرفة المذهب في فروع الفقه الحنبلي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م ص ٢٧٢.

(٣) الماوردي ، **الحاوي الكبير في الفقه الشافعي** ، ج٩ ، ص٢٥٨ ، الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج٤ ، ص٣٢٠ ، النووي ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، ج٥ ، ٤٨٠ .

(٤) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٨ ، المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص٣٧٧ . ابن قدامة المقدسي ، **المغني على مختصر الخرقي** ،ج ٦ص ٤٣٣وما بعدها . الإمام القاضي تقي الدين أبو بكر بن زيد الجراعي الحنبلي الدمشقي (٨٨٣هـ)، **غاية المطلب في معرفة المذهب في فروع الفقه الحنبلي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م ص ٢٧٢.

وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذا الموضوع في عدد من قراراتها منها:القرار رقم (١١٤٨٢) تاريخ ١٩٦١/٥/٣[١] والقرار رقم (٢٠٥٣٦) تاريخ ١٩٧٩/٢/١٣[٢] والقرار رقم (٣٧٠٢٥) تاريخ ١٩٩٤/٤/٦[٣] الذي جاء فيه : (إن المدعية والمدعى عليه كانا نصرانيين فأسلمت المدعية وبقي المدعى عليه نصرانيا ، وأبى الدخول في الإسلام رغم عرض الإسلام عليه من قبل المحكمة الابتدائية وإمهاله لذلك ، وعليه فقد كان حكم المحكمة الإبتدائية بالتفريق بين المدعية وزوجها الداخل بها المدعى عليه المذكورين بطلقة بائنة ، وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم بناء على الدعوة والطلب والإقرار وإباء الزوج الدخول في الإسلام ، وسندا للمواد المذكورة فيها صحيحاً وموافقاً للوجه الشرعي) [٤].

وقد طبقت المحكمة في هذا القرار الراجح من مذهب أبي حنيفة وفق نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والذي نص أبو حنيفة فيه على خطوات يجب اتخاذها في مثل هذه المسألة وهي :

١ - عرض الإسلام على الزوج غير المسلم .

٢ - إذا صرح الزوج أو الزوجة بأنه لا يقبل ترك دينه وأنه يرفض الدخول في الإسلام .

٣ - يتكرر العرض عليه مرة أخرى.

٤ - إن أبى كان الحكم بالتفريق بينهما بطلقة واحدة بائنة ؛لإباء الزوج الدخول في الإسلام وفسخ العقد إذا كانت الزوجة هي الرافضة للدخول في الإسلام ، وهذه الخطوات والإجراءات هي ذاتها التي قررها الحنفية في الراجح عندهم [٥].

---

(١) احمد داوود ، القرارات الاستئنافية ، ج ١ ، ص ٣٤٤ .

(٢) المصدر ذاته .

(٣) المصدر ذاته .

(٤) احمد داوود ، قرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ .

(٥) كمال علي صالح الصمادي ، **اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد عليها نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، ٢٠٠٣م،ص . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، الزيلعي ، **تبين الحقائق** ، ج٣ ، ص٢٦٤ وما بعدها .

المسألة الثالثة : فعل أحد الزوجين مع الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة .

الفرع الأول: التعريف بحرمة المصاهرة .

في اللغة : الصهر في اللغة بالكسر من القرابة ، وحرمة الختونة ، وجمعه (أَصهار)، و(صهراء) ، وهو زوج بنت الرجل ، وزوج أخته والأختان الأصهار ،وأيضا قد صاهر إليهم واصهر بهم واليهم، صار فيه صهرا [١].وقال الأصمعي: الأحماء من قبل الزوج والأختان من قبل المرأة والصهر يجمعهما[٢] .

أما شرعا: فلم يذكر الفقهاء تعريفا للصهر أو المصاهرة أو حتى حرمة المصاهرة ، وإنما هي أصناف محددة من قبل الشارع الحكيم ، وهي متضمنة للمعنى دون الحاجة إلى تعريفها .

الفرع الثاني ": مشروعية التحريم بالمصاهرة .

ثبتت مشروعية التحريم بالمصاهرة في القران الكريم، والسنة، والإجماع، وذلك كما يلي :

١ - **القران الكريم** : قال تعالى ﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً ﴾[٣].

٢ - **السنة النبوية** : ما رواه البراء بن عازب أنه قال:(مرَّ بي عمي الحارث بن عميرة، ومعه لواء عقده له رسول الله عليه الصلاة والسلام ،فقلت : أي عم ، أين بعثك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟فقال : بعثني إلى رجل تزوج امرأة أبيه ،فأمرني أن أضرب عنقه) [٤].

---

(١) الرازي ،**مختار الصحاح** .ص٢٧٣،مادة (صهر). المعلم بطرس البستاني ، **قطر المحيط** ، ص ٢٣٦، مادة(صهر).

(٢) ابن منظور ، **لســــان العرب** ، ج٧،ص ٤٢٨،مادة (صهر).

(٣) سورة النساء :الآيتان : (٢٢)وآية: (٢٣) .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن ،باب ما جاء فيمن تزوج زوجة ابيه ،حديث رقم (١٣٧٧)،وأخرجه النسائي في السنن ، كتاب النكاح ، حديث رقم (٣٣٣٢،٣٣٣١،)،ج٢ ،ص١٠٩.وابن الجاورد في المنتقى ، كتاب النكاح ،حديث رقم (٦٨١)،ط١ .ج١،دار الكتاب الثقافية ،بيروت ١٩٨٨،ص ١٧١.

٣ - **الإجماع** : أجمعت الأمة على التحريم بالمصاهرة ، والنساء اللواتي يحرمن بالمصاهرة هن :

١ - أم الزوجة وأصولها، فبمجرد العقد على الزوجة تحرم على الرجل أمها وجدتها وإن علت ،سواء دخل بها أم لم يدخل .

٢ - بنت الزوجة وإن نزلت ،تحرم البنت إذا دخل بأمها .

٣ - زوجة أصل الرجل ،كالأب والجد سواء دخل بها أم لم يدخل .

٤ - زوجة الفرع وإن نزل ،سواء دخل الفرع بها أم لم يدخل [١].

الفرع الثالث": ما تثبت به حرمة المصاهرة .

تثبت حرمة المصاهرة عند الفقهاء بين الزوجين بعدة أسباب منها :

١ - **العقد الصحيح** : فإذا ما تم العقد مستوجبا ومستوفيا أركانه وشروطه فهو موجب لحرمة المصاهرة بالإجماع ودون خلاف في ذلك [٢].

٢ - **الوطء بشبهة** : وهو الاتصال الجنسي غير الزنا بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد ؛ كأن يعقد على امرأة لم يرها ،وزفّت إليه أخرى وقيل: هذه زوجتك ثم تبين أنها ليست هي [٣]. أجمع الفقهاء الأربعة(الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) على ثبوت حرمة المصاهرة بينهما [٤]،وذهب ابن حزم الظاهري إلى ثبوتها ولكن في حالة واحدة وهي : إذا وطئ امرأته أبوه أو جده بجهالة فقط [٥]، وأما عن الآثار المترتبة على الوطء بشبهة فيمكن حصرها بما يلي :

- تثبت بها حرمة المصاهرة

---

(١) سعدي أبو حبيب ،موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ،ج١ ،ص ٢١١.

(٢) ابن عبد البر ، **الاستذكار**، ج١٦، ص ١٩٦. الكاساني ، **بدائع الصنائع بترتيب الشرائع** ، ج٢،ص ٥٣٥. ابن قدامة ، **المغني** ، ج٩،ص ٥٢٧.

(٣) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧،ص ٦٨٨. الشلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ،ص ١٧٣.

(٤) الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،ج ٢،ص ٥٣٥. ابن قدامة ،**المغني** ، ج٩، ص ٥٢٧. الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ج٦،ص ٣٦٧. ابن رشد ،**بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،ج ٣،ص ٢٦٠. المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب ابن حنبل** ، ج٨، ١١١.

(٥) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩، ص ٣٢٩.

- توجب فسخ النكاح بين الزوجين .
- إذا فسخ النكاح فللزوجة المدخول بها المهر المسمى ، وإن كانت غير مدخول بها فلها نصف المهر المسمى.
- وجوب العدة بعد الدخول ولا نفقة لها ولا كسوة في العدة [١].

٣ - **الزنا أو وطء الزنا:** "كأن يتزوج رجل بامرأة ثم يزني بأمها أو ابنتها أو يقبل أختها ، أو أن تعمد المرأة إلى تقبيل ابن زوجها أو أباه بشهوة، أو أن يقبل الزوج زوجة أبيه أو ابنته بشهوة أو يمسها أو ينظر إلى فرجها [٢].

اختلف الفقهاء في الزنا أن تثبت به حرمة مصاهرة كالزواج أم لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : " ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا" واعتبروه كالزواج ، وبه قال الحنفية والحنابلة، وزاد الحنفية عليه أيضا اللمس والتقبيل والنظر بشهوة حيث توسعوا في ذلك[٣] . أما الحنابلة فعندهم أن التقبيل والمباشرة لا تنتشر بها حرمة المصاهرة وأما النظر ففيه روايتان :

الأولى : بأنه ينشر النظر إلى الفرج الحرمة .

الثانية : بأنه لا ينشر الحرمه[٤] . وألحق الحنابلة أيضا اللواط بالزنا ، وروي نحو ذلك القول عن (عمران بن حصين ، وبه قال الحسن وعطاء وطاووس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي) [٥] .

القول الثاني : "لا يوجب ولا يثبت حرمة المصاهرة" . وإلى هذا ذهب المالكية[١] والشافعية[٢] وذهب الظاهرية إلى ذلك ،إلا أنهم حصروا وأثبتوا حرمة المصاهرة

---

(١) محمود البخيت ، **فسخ العقد وآثاره** ، ص٣١٥.

(٢) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج٧، ص١٣٢.عثمان لتكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص ص ٤٨-٨٥. احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ١٩٦.

(٣) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٣ ، ص١٢٦ . الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٢ ، ص٤٦٩ .

(٤) ابن قدامه ، **المغني** ، ج٩ ، ص ٥٢٨ ، مجد الدين أبو البركات (٦٥٢هـ) ، **المحرر في الفقه على مذهب احمد بن حنبل** ، تحقيق محمد حامد الفقي ، د .ط ، ج٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ت ، ص١٩ . ابن قدامه ، **الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل** ، ص ص ٦١١- ٦١٢ .

(٥) ابن قدامه المقدسي ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٠٤ .

بالزنا في حالة واحدة، وهي إذا ما وطىء أبوه أو جده امرأته بقصد الزنا[٣].

وروي أيضا مثل هذا القول عن ابن عباس وبه قال سعيد ابن المسيب ، ويحيى بن يعمر ،وعروة والزهري، وأبو ثور ، وابن المنذر[٤] .

الأدلـــــــــة :

أدلة القول الأول : استدل أصحاب القول الأول القائلون بثبوت التحريم بالمصاهرة بالزنا بالكتاب والسنة و المعقول وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى : ﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٥] .

ووجه الدلالة : من الآية أن الوطء يسمى نكاحا ، حيث قال الشاعر : إذا زنيت فأجد نكاحا ،فحمل في عموم الآية الكريمة وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله تعالى :{ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً }[٦] .وهذا التغليظ إنما يكون في وطء لا بغيره[٧] .

ثانياً: السنة النبوية :

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها) .

---

(١) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٢٥٩ –٢٦٠ .

(٢) – ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٩ ، ص٣٥٦ ، محمد بن محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ)، **الوسيط في المذهب** ، ج٥ ، ط١ ، دار السلام للطباعة والنشر ، الازهر ، ١٤١٧هـ– ١٩٩٧ م ، ص١٠٧ . العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص ٢٢٥ .

(٣) ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩، ص٣٥٤ .

(٤) ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٠٤ .

(٥) سورة النساء : الآية (٢٢) .

(٦) سورة النساء : الآية (٢٢).

(٧) ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٠٥ .

ووجه الدلالة : في ذلك أن النبي ﷺ قد أخبر أن الله تعالى لا ينظر إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها وهو عام في كل نظر سواء أكان حلالا أم حراما[١] . وما روي أيضا أن رجلا قال يا رسول الله : إني قد زنيت بامرأة في الجاهلية ، أفأنكح ابنتها ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تتطلع من ابنتها على ما تطلع منها [٢].

٣ - **القياس** :-

استدلوا على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بقياس الوطء الحرام على الوطء الحلال، بجامع أن كلاهما سبب في إيجاد الولد،وعد الحكم وهو ثبوت التحريم بالمصاهرة من الأصل وهو الوطء الحلال إلى الفرع وهو الوطء الحرام ، فيثبت له حكم الأصل وهو ثبوت الحرمة بالمصاهرة وقالوا : إن وصف الحل في الأصل لاغٍ ولا دخل له في الحكم[٣] .

أدلـــــــــة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بعدم ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بما يلي :

١ - **الكتاب** :

أ - قوله تعالى : ﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [٤].

ووجه الدلالة : أن الله حرم الربائب من النساء المضافة إلى المخاطبين، وقالوا إنما تكون المرأة مضافة إلى المخاطبين بالنكاح لا

---

(١) الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٤٧٠ . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،ج٣ ، ص٥٣٦ . وفي رواية أخرى ذكرها ابن قدامه (ملعون من نظر إلى فرج امرأة أو ابنتها). انظر ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ، ص٤٠٥ .

(٢) الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ، ص١٢٥ ، نقلا عن ابن الهمام في الفتح القدير قال : أن ابن الهمام قال فيه أن هذا الحديث مرسل ومنقطع .

(٣) الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،ج٣ ،ص٤٧١ ، الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ، ص١٣٥ .

(٤) سورة النساء : الآية (٢٣) .

بالزنا ، وعلى هذا فالموطوءة بالزنا لا يصدق عليها أنها من النساء إذ أن عرف الإستعمال جارٍ على أن إضافة المرأة إلى الرجل يقتضي كونها زوجة له ، فإذا قال إنسان : هذه من نساء فلان فهم منه أنها من زوجاته ، فيكون الدخول بالنكاح شرطا في ثبوت الحرمة، والزنا دخول بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة[١] .

ب – وقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾ [٢] .

ووجه الدلالة : أن هذه الآية تفيد صراحة حلّ ما عدا المذكورات قبلها وليس المزني بها منهن ، فتدخل في عموم الحل[٣] .

٢ – **من السنة النبوية :**

أ – أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، فقال : لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان بنكاح [٤].

وقال الدميري: يدل لمذهب الشافعي أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة ، حتى يجوز للزاني أم المزني بها .

ب – ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال : لا يفسد الحرام الحلال . وفي رواية أخرى : ولا يحرم الحرام الحلال

---

(١) مجموعة من المؤلفين ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٩ ، ص٣٥٦ .

(٢) سورة النساء : الآية (٢٤) .

(٣) العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج٩ ، ص٢٢٦ .الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج ٦ ، ص١٥٣ .ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦ ،ص ٤٠٦ ، وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ، ص١٣٦ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في السنن ، كتاب النكاح ، باب لا يحرم الحرام الحلال ، حديث رقم (٢٠١٥)،ج١ ، دار الفكر بيروت ، ص٦٤٩ ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال ، حديث رقم (١٣٧٤٣) ، ج٧ ، ص١٩٦ . وحديث رقم (١٣٧٤٥) ، وحديث رقم (١٣٧٤٦)، ج٧ ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ ، ص١٦٩ .

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ أخبر أن الحرام لا يحرم الحلال،ومعلوم أن الزنا حرام فلا يحرم به الحلال وهو النكاح[١] .

٣ - **المعقول :**

قالوا بأن المصاهرة نعمة والنعمة لا تنال بالمحظور ، وأما كون المصاهرة نعمة فلما فيها من ثمرة المودة ، وما يحدث بين أقارب الزوج والزوجة من الموالاة والمناصرة ولا سيما بين الأولاد وأخوالهم بل وأقارب والدتهم كافة ، ثم إن من أخص صفاتها أنها تلحق الأجنبيات بالمحارم في جواز الخلوة بهن والسفر معهن، وإذا ثبت للمصاهرة هذه الميزة ثبت كونها نعمة من النعم العظمى ، ولذلك منّ الله سبحانه وتعالى على عباده بها ، كما منّ عليهم بالنسب فقال : وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا[٢] .

المناقشة والترجيح :

يرى الباحث أن الرأي في هذه المسالة هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في إثبات حرمة المصاهرة بالزنا ؛ لأنه الأجدر بالأخذ والأحوط وذلك لما يلي :

١ - فساد المجتمع : إذ إننا نعيش في ظل مجتمع سادت فيه قيم الغرب الفاسدة والفاجرة (تبرج ، واختلاط ، وزنا وغيرها...) وغابت عنه أحكام الشريعة الإسلامية السمحة (غض البصر ، والعفة ،و الإحتشام ......) ، وسلطان المسلمين الذي يرعى هذه الأحكام ويرعى تطبيقها والمحافظة عليها من أن تنتهك ، وفساد هذا المجتمع بات واضحا وظاهرا لا يحتاج إلى بيان .

٢ - موافقة هذا الحكم للواقع وملائمته لهذا العصر ، إذ إن في عدم اعتبار ثبوت التحريم بالمصاهرة بالزنا من الأضرار الفتّاكة التي تفتك في قواعد وأسس هذا البناء المتكامل ، وأولها وأهمها البناء الأسري ، لما ستجنيه من أضرار، أهمها : اختلاط الأنساب !!، أضف إلى ذلك مالا يقبله شرع ولا عقل ولا عرف ، بل هو

---

(١) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال ، حديث رقم (١٣٧٤٣) ، ج٧ ، ص١٩٦ . وحديث رقم (١٣٧٤٥) ، وحديث رقم (١٣٧٤٦)، ج٧ ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ ، ص١٦٩

(٢) العمراني ، البيان في فقه الإمام الشافعي ، ج٩ ، ص٢٢٦ ، تكملة المجموع ، شرح المهذب ، ج١٩، ص٣٥٨ .

شذوذ، فكيف يتزوج رجل من فتاة خلقت من مائه!!!وهذه الاضرار وغيرها مدعاة لتشرذم المجتمع وميوعته ، وإهدارِ لكرامة أهله ..

الفرع الرابع : وقت وقوع الفرقة ونوعها .

إذا ثبتت المصاهرة بعد العقد بين الزوجين بأحد الأسباب المتقدمة ، المثبتة للحرمة على اختلاف فيما بين الفقهاء ، فقد حرمت المرأة على الرجل حرمة مؤبدة، أما العقد القائم بينهما فهل ينفسخ بحكم الشرع ساعة قيام الحرمة ؟ أم يفسد ويحتاج في فسخه إلى متاركة أو قضاء بالفسخ ؟ .

اختلف الفقهاء في التحريم بالمصاهرة على عقد الزواج، هل يفسد النكاح ويجعله مستوجبا للفسخ سواء أكان بقضاء القاضي أم بالمتاركة ؟ أم أن النكاح ينفسخ بحكم الشرع فور قيام سبب التحريم ولا حاجة إلى متاركة أو قضاء؟ وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية والمالكية إلى أن طروء التحريم بالمصاهرة يفسد النكاح ،ويجعله مستوجبا للفسخ ، فعلى الزوجين مفارقة بعضهما ،وعلى القاضي أن يقضي بفسخه إذا علم به، وما يفهم من كلام علماء المذهبين هو اعتبار العقد فاسداً والعقد الفاسد عندهم لا ينقضي إلا بالمتاركة أو القضاء بالفسخ [١].

القول الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن التحريم بالمصاهرة الطارئة على عقد الزواج مبطلة للعقد ، فلا تترتب عليه آثار أو تنتج عنه التزامات، ولا يحتاج إلى فسخ أو متاركة بل ينفسخ النكاح بحكم الشرع حال ثبوت التحريم [٢].

وما يهمنا هو حصول الفرقة بين الزوجين بسبب المصاهرة وبسبب أي فعل يفعله أحد الزوجين مع أصول الآخر أو فروعه ،مما يستوجب حصول حرمة

---

(١) ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، ج٨، ص١٢٤ . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٣٠ . الحصكفي ، **رد المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار** ، ص١٨٠ . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج١ ، ص٣٠٥ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على مختصر سيدي خليل** ، ج٤ ، ص٤٧٣ وما بعدها ، احمد الحج الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص١٥٨ .

(٢) الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج٣ ، ص٤٢٠ .ابن قدامه ، **المغني** ، ج٩ ، ص٢١٠ ، المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص٣٦٢ . الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ج٦ ، ص٣٦٩ وما بعدها .

المصاهرة بغض النظر عن الأسباب التي توجب الحرمة، والتي اختلف الفقهاء فيها وتم عرضها سابقا ، وأما نوع الفرقة الواقعة بسبب حرمة المصاهرة فهي فرقة فسخ عند جميع الفقهاء من غير خلاف بينهم [١].

الفرع الخامس : موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من طروء التحريم بالمصاهره.

تعرض قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى مسألة المحرمات من النساء بإيجاز في المواد التالية (٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧) ،إلا أنه لم يفصل القول في المحرمات بسبب المصاهرة ، بل اكتفى بعدها، حيث نصت المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ذكر النساء المحرمات بالمصاهرة وهن أربعة أصناف :

١ - زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده .

٢ - أمُّ زوجته وجداتها مطلقا .

٣ - زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده .

٤ - ربائبه، أي بنات زوجاته وبنات أولاد زوجته ويشترطو في الصنف الرابع الدخول بالزوجات .

وعلى ذلك فإن القانون قد اقتصر على أسباب التحريم بالمصاهرة بالعقد صحيحاً كان أم غير صحيح، ولم يتعرض للأسباب الأخرى كالوطء في شبهة أو بدون شبهة،أو النظر بشهوة واللمس والزنا ،وغيرها من الأسباب التي تؤدي إلى التحريم بالمصاهرة بالزنا إلا أنه يمكن أن يكون ذلك مندرجا تحت نطاق المادة: (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية، والتي اعتبرت أن كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الراجح من المذهب الحنفي، ولذلك فإن من أسباب التحريم بالمصاهرة عند الحنفية والذين توسعوا في هذه الدائرة كالنظر بشهوة إلى فرج المرأة واللمس بشهوة وغيرها مما تعتبر داخلة في ذلك الأمر، إلا أنه يجدر الإحتياط

---

(١) الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج٤ ، ص ٢٨٧-٢٨٨، ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦،ص ٤٠٦.احمد الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ١٦١، الجزيري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ، ص ٥٨وما بعدها.

في مثل هذه المسائل البالغة الخطورة ،والتي ينبغي فيها الإحتياط وتضييق مثل هذه الدائرة،للآثار السلبية التي يمكن أن يجنيها المجتمع لفساد الأخلاق والذمم.
فيقترح الباحث أنه لا بد من تضييق ذلك الأمر بالنص على الأسباب المؤدية إلى التحريم بالمصاهرة ،والأخذ بمن ضيق مثل هذه الدائرة كالحنابلة والشافعية .

المبحث الثاني .الفرقة المختلف في كونها فسخا .

المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالمهر .

المطلب الثاني : التفريق بسبب الإعسار بالنفقة .

المطلب الثالث : الخلـــــع.

المطلب الرابع : التفريق بسبب العيوب.

المطلب الخامس : اللعان .

المبحث الثالث : الفرقة بالفسخ من حيث حاجتها إلى القضاء .

المطلب الأول : فرقة الفسخ التي تحتاج إلى قضاء .

المطلب الثاني : فرقة الفسخ التي لا تحتاج إلى قضاء .

المبحث الثاني .الفرقة المختلف في كونها فسخا وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالمهر .

الفرع الأول : تعريف الإعسار في اللغة والإصطلاح .

أولا " : في اللغة : العسْرُ والعسُرُ : ضد اليسر ، وأعسر : صار ذا عسرة وقيل: افتقر ، وحكى كراع :أعسَرَ إعسَاراً وعُسر ، والصحيح أن الإعسار المصدر وأن الاسم :العُسْرَ [1]. والعسرة :الأمور التي تعْسُر وهي: ضد الميسرة أي : قلة ذات اليد [2].

ثانيا": في الإصطلاح . يختلف تعريف الإعسار في الاصطلاح باختلاف محله في كل باب من أبواب الفقه والتي يتأتى وروده فيها؛ إلا أن الفقهاء قد يعبرون عن الإعسار بالإفلاس والعكس ، ولكن يغلب استعمالهم لكلمة الإعسار عند الكلام عن العجز عن أداء الحقوق المالية التي أوجبها الله سبحانه وتعالى على الإنسان، عبادة كانت كزكاة المال ،أو عقوبة كالكفارة والدية، أو عوض عن غير مال كنفقة الأقارب والصداق ، أما عند العجز الكلي أو الجزئي عن أداء الديون التي تكون للشخص على آخر عوض أو غيرها فيستعملون كلمة الإفلاس تعبيرا عن هذا المعنى [3].

الفرع الثاني : حكم التفريق بسبب الإعسار بالمهر .

إذا عجز الزوج عن أداء ما وجب عليه من مهر لزوجته فهل يحق للزوجة طلب التفريق بسبب الإعسار في المهر؟ أم لا يحق لها ذلك وإنما تطالبه فقط بما لها من مهر دون المطالبة بالتفريق ؟ .

اختلفت أقوال الفقهاء في جواز التفريق بالإعسار في المهر وذلك كما يلي:

القول الأول : وذهب أصحابه إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين إذا عجز الزوج عن دفع المهر المعجل لزوجته، أي تزوجها على مهر معجل أو كان مسكوتا عن

---

(١) ابن سيده ، **المحكم والمحيط الأعظم** ،ج١ ص ٤٧٤-٤٧٥مادة (ع س ، ر)،الرازي ، **مختار الصحاح** ،ص ٤١٣، مادة(عسر)،الفراهيدي، **كتاب العين** ، ج ٣،ص ١٥٢.

(٢) احمد رضا ، **معجم متن اللغة** ، د.ط، ج٤، دار مكتبة الحياة ، بيروت ،١٣٧٩هـ_١٩٦٠م، ص ١٠١.

(٣) انظر: مجموعة من كبار أساتذة الفقه الإسلامي ، **موسوعة الفقه الإسلامي المقارن الشهيرة بموسوعة جمال عبد الناصر** ، تصدرها المجلس ألا على للشئون الإسلامية في مصر ،١٩٨٣،ج١٦،ص ٢٧٥.

التعجيل والتأجيل فلا يحق للزوجة المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، وإنما لها أن تمنع نفسها من الزوج لحين دفع مهرها المعجل، وهم الحنفية(١) ، وهو قول عند الشافعية(٢) ، وقول عند الحنابلة(٣) .

الأدلـــــــة : استدل الحنفية بما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٤).

ووجه الدلالة: من الآية أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود وطلب الزوجة الطلاق مناف للوفاء بالعقد ،والأصل أن الزوجية ثابتة فمن زعم انه يلزمه الطلاق وأن الفسخ ثابت بخيارها .

٢ - قوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٥).

ووجه الدلالة : أن الله تعالى دعا إلى إمهال المدين إلى حين الميسرة فكذلك الزوج فيجب أن ينظر بالصداق إلى ميسرة (٦).

٣ - قول النبي ﷺ : { أدوا العلائق ، قيل يا رسول الله : وما العلائق ؟ قال : ما تراضى به الأهلون } (٧) .

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ أمر بالأداء ، ولم يأمر بغيره ولم يذكر الفسخ إذا لم يقع الأداء ، والأداء مطلوب أبدا متى تمكن(٨) .

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٢،ص ٢٨٨. ابن الهمام ،**فتح القدير**، ج٣،ص ٣٧٠. السرخسي، **المبسوط**، ج ٥،ص ٢٨٨.

(٢) الرافعي ، **اشرح الوجيز** ، ج١٠، ص ١٦٣. النووي ، **روضة الطالبين** ،ج ٦،ص ٤٨٣.

(٣) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠،ص ١٧٤.

(٤) سورة المائدة : الآية (١)

(٥) سورة البقرة : الآية : (٢٨٠)

(٦) القاضي عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي (٤٢٢هـ) ، **عيون المجالس**،تحقيق : امباي بن كيباكاه ،ط١،ج٣،مكتبة الرشيد ،الرياض،١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م ، ص ١١٧٩.

(٧) أخرجه البيهقي ،في كتاب الصداق ،باب ما يجوز أن يكون مهرا ، حديث رقم (١٤١٥٣) ،ج ٧،ص ٢٣٩. والدارقطني في سننه، كتاب النكاح ،باب المهر ، حديث رقم(١٠)، ج٣،ص٢٤٤.وابن أبي شيبة في مصنفه ،كتاب النكاح ،باب ما قالوا في مهر النساء ، حديث رقم(١٦٣٦١)،ج٣،ص ٤٩٢.

(٨) القاضي عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي (٤٢٢هـ) ، **عيون المجالس**،ج٣ ، ص ١١٧٩.

٤ - أن المقصود من النكاح غير المال ،فكان المال زائدا والعجز عن التبع (المهر) لا يكون سببا لرفع الأصل (النكاح) ؛ لأن المهر ليس الأصل من النكاح وإنما مقاصد كثيرة جاءت الشريعة السمحة بتحقيقها [١] .

٥ - أن الصداق في حالة الإعسار به دين مستقر في ذمة الزوج .

واستدل من ذهب إلى عدم التفريق أيضا من الشافعية وهم:(المزني والجويني والغزالي) : بأن الصداق يخالف النفقة من وجهين فلو أعسر بالصداق ولم يعُسر بالنفقة واختارت المقام معه لم يكن لها التفريق؛ لأنه لا ضرر على بدنها إذا لم ينفق عليها وفي تأخير صداقها ، قال المزني: وهذا دليل على أنه لا خيار لها فيه كالنفقة [٢]. واستدل أيضا (أبو حامد) من الحنابلة وابن قدامة، والذين قالوا أيضا بعدم جواز التفريق وليس للزوجة خيار الفسخ بما يلي[٣] :

١ - إن المهر دين فلا يفسخ النكاح للإعسار به كالنفقة الماضية .

٢ - إن تأخير المهر ليس فيه ضرر متحقق .

٣ - إنه لا نص في التفريق بسبب الإعسار في المهر ،ولا يصح قياسه على قياس الثمن في المبيع ، ثم إن القياس على النفقة لا يصح لأن الضرورة لا تندفع إلا بها، بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية .

القول الثاني : وذهب أصحاب هذا القول إلى جواز التفريق بين الزوجين للإعسار بالمهر وأن للزوجة الحق في طلب التفريق، ومن ذهب إلى ذلك هم المالكية ، والشافعية في الأظهر عندهم، والحنابلة في المعتمد ، وتفصيل ذلك كما يلي :

المالكية [٤]: فرق المالكية بين الإعسار عن دفع المهر قبل الدخول أو بعده على النحو الآتي :

---

(١) السرخسي ، **المبسوط**،ج٥،ص ٦٩.

(٢) اسماعيل بن إبراهيم المزني ، **مختصر المزني بهامش ألام** ، ج٥،ص ٧٧.الرافعي ، **الشرح الكبير**، ج١٠،٥٣.الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفظ المنهاج** ،ج٤،ص ١٧٩.

(٣) ابن قدامة ، المغني، ج١٠،ص ٣٦٨. ابن مفلح ، **الفروع في الفقه الحنبلي** ، ج٥،ص ٢٩١.

(٤) الإمام مالك ، **المدونة** ، ج٢،ص ١٨٩. الحطاب الرعيني ، مواهب **الجليل في شرح مختصر خليل** ، ج٥،ص ١٨١. الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢،ص ٤٣٦. الصاوي ، **حاشية الصاوي على الشرح الصغير** ، ج٢،ص ٤٣٦.

أ – قبل الدخول : إذا عجز الزوج عن دفع المهر قبل الدخول فللمرأة خيار الفسخ إن أحبت، وهنا يضرب السلطان أجلا بعد أجل على قدر الاجتهاد، لإثبات إعساره عن دفع المهر الحال إذا طالبته به الزوجة ،وذلك إذا ادعى إعساره ولم تصدقه الزوجة ولم يقم ببينة يغلب الظن فيه على عسره أو يسره وليس له مال ظاهر .

ب – بعد الدخول : إذا عجز الزوج عن دفع المهر الحالّ بعد الدخول فيرى المالكية أنه لا يفرق بينهما بل لها المطالبة به فقط ويكون دين على الزوج تتبعه به بعد الدخول كسائر الغرماء .

الشافعية [(١)]: للشافعية في مسألة التفريق للإعسار في المهر ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس لها الفسخ مطلقا " ، وهي غريم كسائر الغرماء وكنا قد ذكرناه من قبل وسقنا من يقول به وأدلتهم وهو موافق لرأي الحنفية .

القول الثاني : إن للزوجة حق طلب الفسخ قبل الدخول، وهذا القول هو الأظهر عند الشافعية وهذا القول موافق للمالكية ، أما بعد الدخول فلا خيار لها ، لما يلي : أن بضعها بعد الدخول مستهلك فسقط خيارها كما سقط خيار البائع بتلف المبيع في يد المفلس، والبضع قبل الدخول غير مستهلك فثبت لها الخيار كما ثبت للبائع مع بقاء المبيع ، ثم إن لها الإمتناع عن تسليم نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها ولم يكن لها الإمتناع بعد الدخول ثم إن مجرد تمكينها لزوجها قبل أخذ المهر دليل على رضاها بذمته، وإذا لم يكن لها الامتناع بعد تسليم نفسها من باب أولى أن لا يكون لها الفسخ .

القول الثالث : ومقتضى هذا القول أن للزوجة حق الفسخ مطلقاً سواء كان قبل الدخول أم بعده، كالنفقة ولأن الصداق أقوى المقصودين استحقاقه بالعقد، فإذا ثبت لها الخيار في أضعفها كان ثبوته في الأقوى أحق وعلى ذلك يثبت لها الفسخ قبل الدخول للعجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض وأما بعد الدخول فلأن البضع لا يتلف حقيقة بالوطء .

---

(١) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٦،ص ٤٨٣. الرافعي ، الشرح الكبير ، ج١٠،ص ٥٣. الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، ج ٤ ،ص ١٧٩. العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج ، ص، . الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روض الطالب** ،ج٢،ص ٤٤١

الحنابلة [١]: وللحنابلة أيضا في التفريق للإعسار في المهر ثلاثة روايات وهي كما يلي :

الأولى : ليس للزوجة حق التفريق ، سواء دخل بها زوجها أم لم يدخل بها ،وهو كما ذكرنا من قبل وافق فيه أصحابه- وهم أبو حامد وابن قدامة - الحنفية ورأي عند الشافعية .

الثانية : ومفاد هذه الرواية أن للزوج حق في التفريق قبل الدخول لا بعده ،وهذا هو الصحيح والمشهور في المذهب .

الثالثة : أن حق التفريق والفسخ مطلقا سواء كان قبل الدخول أم بعده . لأنه بإعساره تعذر وصول زوجته إلى العوض، فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أفلس المشتري بالثمن وهذا ما اختاره أبو بكر الخلال [٢].

الترجيح : بعد عرض أقوال الفقهاء وآراءهم في مسألة التفريق للإعسار بالمهر وبين إثبات هذا الحق للزوجة وعدمه يميل الباحث إلى ترجيح من رأى بعدم جواز التفريق بين الزوجين للإعسار في المهر وذلك للأسباب التالية :

١ - إن القائلين بمنع التفريق للإعسار بالمهر سواء دخل الزوج أم لم يدخل هو الأصح دليلا ؛ وذلك لأنه هو الأصل ولم يثبت ما يخالفه مما يصلح أن يكون دليلا، لذلك يبقى الحكم فيه على الأصل فلا تفريق للإعسار في المهر.

٢ - إن من ذهب إلى جواز التفريق للإعسار بالمهر قاس النفقة على المهر، وهذا قياس مع الفارق، إذ أن ضرر النفقة لا يتساوى مع ضرر المهر أصلا، إن كان هناك ضرر مترتب على ذلك ،فالنفقة عدمها يوجب الهلاك وضررها محض خالص ، بينما عدم دفع المهر لا يوجب الهلاك ، بل هو دين في ذمة الزوج يرد إليها متى أيسر ، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإنه يمكن أن يلزم الزوج إذا كان موسرا ولا يريد دفع المهر بما يتناسب مع واقع الحال .

---

(١) ابن مفلح الحنبلي ، **كتاب الفروع**، ج٥ ص ٢٩١. المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، ج٨،ص ٣١١.البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج ج٥،ص ١٨٢.

(٢) أبو بكر الخلال : هو عبد العزيز بن احمد بن دارة ،كان أحد الائمة أحد أهل الفهم ،موثوقا به في العلم ،متسعا في الرواية ،ومشهورا في الديانة ، من مصنفاته : تفسير القرآن ،زاد المسافر . أبو الحسن بن أبي يعلى ، **طبقات الحنابلة** ، د.ط، ج٢، دار المعرفة ، بيروت ، ص ص ١١٩-١٢٠.

٣ – إن من مقاصد الشريعة الإسلامية هو بناء أسرة متكاملة متآلفة يسودها الحب والوئام ،وليس ذلك فقط بين الزوجين بل بين كل من يتصل بهم من أقارب وأصدقاء، ثم إن حال الإنسان بين يسر وعسر فيما يتعلق بالجوانب المادية ،وليست المادية البحتة هي المقصودة فقط من إقامة العلاقات بين الزوجين، بل ما هو أرقى وأسمى وفتح مثل هذا الأمر مدعاة للتنافر والتشاحن بين الناس .

الفرع الثالث : نوع الفرقة الواقعة بسبب الإعسار بالمهر .

إذا فرق بين الزوجين عند من يرى ذلك للإعسار بالمهر فما هو طبيعة ونوع الفرقة الحاصلة بسبب ذلك ؟ هل هي فرقة فسخ ؟ أم فرقة طلاق ؟ . اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الحاصلة بسبب الإعسار عن دفع المهر على قولين :

القول الأول : الفرقة الواقعة بسبب ذلك هي" فرقة طلاق " ، والطلاق هنا هو طلاق بائن ، فيطلقها القاضي تطليقة واحدة تملك بها أمر نفسها وذلك بسؤالها وتفويضها للقاضي في الطلاق ،ويكون ذلك عند عدم رضاها بالمقام مع الزوج وعدم رضاها أيضا بإمهاله حتى يوسر ، فيفرق القاضي بينهما بطلقة بائنة ، ويجب للزوجة حينئذ نصف الصداق ، ويكون دينا في ذمة الزوج وترجع عليه متى أيسر ، وللزوج حق في إرجاعها إن أيسر في عدتها إن استطاع أن يوصل إليها المهر المعجل لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها ،وهذا عندهم قبل الدخول أما بعد الدخول فلا تفريق بينهم، وبه قال المالكية [١] .

القول الثاني : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الفرقة الواقعة بسبب الإعسار في المهر هي "فرقة فسخ " لا طلاق فليس له رجعة فيه ، ولا ينتقص من عدد الطلقات ؛ لأنها فرقة للعجز عن الواجب لها عليه ، ثم إنه لم تصدر من الزوج فلا تعد طلاقا وإنما تعد فسخا ، ولا يتم هذا الأمر إلا بالرفع إلى القاضي لأنه فسخ مجتهد فيه وهذا

---

(١) الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٤،ص ، ٣٨٠. البغدادي أبو نصر ، **عيون المجالس** ، ج٣،ص ١١٧٧. الدردير ، الشرح الصغير ،ج٢ ،ص ٤٣٧.الخطاب الرعيني ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** ،ج٥، ص ١٨٣. ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠، ٣٦٥.

ما ذهب إليه الشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة [١] ولأنها أتلفت العوض قبل تسليمه فسقط البدل كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه [٢].

الفرع الرابع : موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني .

لم يذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني مسألة التفريق بسبب الإعسار للمهر في باب المهر عند عده للمواد القانونية المتعلقة بأحكام المهر؛ وإنما ذكرها في باب التفريق حيث جاء في الفصل الثاني منه في باب المهر مواد قانونية تحدثت عن المهر وأنواعه المهر المسمى ومهر المثل ، وتعجيل المهر وتأجيله وسقوط الأجل لوفاة الزوج والأجل المعين ولزوم المهر المسمى بالعقد ومتى يسقط المهر وغيرها من المواد القانونية المتعلقة فيه [٣].

أما الإعسار بالمهر فقلنا إن القانون قد ذكره في باب التفريق، حيث جاء في المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، تحت عنوان فسخ النكاح للإعسار في دفع المهر قبل الدخول ما نصه :(إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج والقاضي يمهله شهرا فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل إقامة ولا مال،ولا يمكن تحصيل المهر منه فإنه يفسخ دون إمهال). ومما يلاحظ على هذه المادة القانونية ما يلي :

١ – إن قانون الأحوال الشخصية قد أخذ بداية برأي من قال بجواز التفريق في الإعسار بالمهر، وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وقد خالف في ذلك رأي الحنفية القاضي بعدم التفريق بين الزوجين، وجاء في الأسباب الموجبة في

---

(١) الإمام الشافعي ، **إلام** ، ج٥،ص ٩١، النووي ، **روضة الطالبين** ،ج٦،ص ٤٨٤. الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روض الطالب**، ط جديدة ، ج٦،ص ٤٩٨. الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ج ٤،ص ١٨٠. الشيرازي ،**المهذب في الفقه الشافعي** ، ج٤،ص ٦١٨. العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج١١،ص ٤١٤،٤١٥. ابن المفلح ، **المبدع شرح المقنع** ،ج ٧،ص ١٧٧. البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥،ص ١٦٤. المقدسي ، **العدة شرح العمدة** ، ص ٣٨٦.

(٢) عادل عبد الموجود وآخرون ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج ٢٠،ص ١٠١-١٠٢. . المقدسي ، العدة شرح العمدة ، ص ٣٨٦.

(٣) انظر : المواد(٥٠،٤٩،٤٨،٤٧،٤٦،٤٥،٤٤،إلى ٦٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ١٩٧٦.

هذه المادة القانونية ما نصه : (قد يلجأ بعض الأزواج بعد إجراء عقد نكاحه على فتاة إلى تأخير الدخول بها ودفع مهرها المعجل ثم يمتنع عن الدفع ، ويدعي الإعسار لإرهاقها ولتحميلها أن تدفع له مبلغا كبيرا من المال ليحل عقد النكاح ، وفي ذلك ضرر كبير على الزوجات ، وبما أنه لا يوجد في مذهب أبى حنيفة ما يعالج هذه الحالة بصورة حاسمة ، وبما أن مذهب الشافعية أجاز فسخ عقد النكاح للإعسار عن دفع المهر إذا لم يحصل الدخول بين الزوجين وبما أن ذلك محقق للمصلحة، فقد وضعت المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني) [١].

٢ - ثم اخذ القانون برأي المالكية في الإجراءات المتعلقة بتلك المسألة حيث أثبت القانون ما يلي :

أ - يجب أن يثبت إعسار الزوج بالإقرار أو البينة .

ب - إمهال الزوج شهرا من تاريخ الإقرار أو البينة .

ج - إذا كان الزوج غائبا ولا مال له فانه يفسخ دون إمهال .

غير أن هذا القانون خالف المالكية في مسألة اعتبار نوع الفرقة فلم يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقا وإنما اعتبره فسخا كما اخذ برأي الشافعية والحنابلة . وهناك قرارات استئنافية صدرت عن محكمة الاستئناف الشرعية في مسألة التفريق بسبب المهر ، حيث جاء في القرار رقم (٧٨٤٤) بتاريخ ١٩٥٥/٤/١١ ما نصه : إذا أجل المهر المعجل لحين الدخول يعتبر ذلك من قبل الأجل الفاحش ، فلا يعتبر ، ويصبح المهر حالاً ، ويصح للزوجة أن تطلب فسخ النكاح عند العجز عن دفعه [٢]. وجاء في القرار رقم (٨٩٤٤) بتاريخ ١٩٥٥/١١/٨ جاء فيه : إذا عجز الزوج قبل الدخول عن إيفاء زوجته مهرها المعجل يفسخ النكاح بينهما ولا يعتبر هذا الفسخ طلاقا [٣]. وهناك قرارات أخرى نكتفي بذكر أرقامها وتواريخها فقط [٤] : قرار رقم

(١) احمد محمد داوود ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، ج١،ص ٣٤٩.

(٢) المصدر السابق ، ج١،ص ٣٥٠.

(٣) أحمد داوود، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ،ج١ ، ص٣٤٩

(٤) المصدر السابق ، ج١،ص٣٤٩-٣٦٣

(١٧١٨٥ بتاريخ ١٩٧٢/٨/١٤) ، (١٧٨٧٢بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٧) ، (٢٣٥٧٥ بتاريخ ١٩٨٣/٣/١٢) ، (٢٥٨٦٢ بتاريخ ١٩٨٥/١٠/١٤).

المطلب الثاني : التفريق بسبب الإعسار بالنفقة .

تعتبر النفقة من الحقوق الزوجية المترتبة على عقد النكاح والتي تثبت للزوجة على الزوج وقبل الخوض في تفاصيل التفريق بسبب الإعسار بالنفقة، لابد لنا من أن نحدد المقصود فيها وأن نبين مشروعيتها، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول ": ماهية النفقة ، في اللغة والاصطلاح .

أولا في اللغة : جاء الجذر الثلاثي للنفقة (ن،ف،ق)ليدل على ثلاث معان في لغة أهل العرب ومعاجمها اللغوية [1]:

١ – النفقة ، بمعنى النفوق والهلاك ،ومنه نفقت الدابة إذا هلكت .

٢ – النفقة ، بمعنى الرواج ،أي طلب السلعة والرغبة فيها، ومنه نفق الشئ نفقا إذا كثر مشتروه .

٣ – النفقة ، بمعنى الإخراج والصرف ،ومنه أخرج الرجل المال إذا صرفه .

وما يعنينا في هذا البحث هو المعنى الأخير ، وهو الإنفاق وإخراج المال وصرفه على مستحقه ،وجاء في كتاب العين : النفقة :وأنفقت واستنفقت على العيال ونفسك [2].

ثانيا ": النفقة في الإصطلاح : تعددت تعريفات الفقهاء لمعنى النفقة في الاصطلاح وذلك كما يلي :

١ – **الحنفية** : قالوا بأنها :(الطعام والكسوة والسكنى) [3].

٢ – **المالكية** : (ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف) [1].

---

(١) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١٠،ص٣٥٧ مادة (نفق). الجوهري ، **تاج اللغة وصحاح العربية** ،ط١،ج٤،دارالكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢٠هـ–٢٠٠٠م،ص مادة (نفق). ٣٢٨.الرازي ، **مختار الصحاح** ،ص ص٣٧٣ مادة (نفق).

(٢) الخليل بن احمد الفراهيدي (١٧٠هـ)، **كتاب العين** ، تحقيق : عبد الحميد الهنداوي ، ج٤،ط١ ، دارالكتب العلمية ، بيروت، ١٤٢٤هـ–٢٠٠٣م، ص ٢٥٢، مادة (نفق).

(٣) ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ،ج١٠، ص ٤٧٩. الحصكفي ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، ص ٢٥٧.

٣ – **الشافعية** : (طعام مقدر للزوجة وخادمها على زوج ،ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان وما يكفي) [٢].

٤ – **الحنابلة** : (كفاية من يمونه خبزا أو أدما أو كسوة ومسكنا وتوابعها) [٣].

فالنفقة إذاً ما تقوم به الحياة من مأكل وشرب وغيرها على من تجب .

الفرع الثاني : مشـــروعية النفقة : ثبتت مشروعية ووجوب النفقة في الكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول وذلك كما يلي :

١ – **الكـــتاب** :-

أ – قوله تعالى :﴿ والْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [٤].

ووجه الدلالة : أن الآية الكريمة قد نصت على وجوب نفقة الزوجة حال الولادة أو في الحال التي تتشاغل بها لولدها عن استمتاع الزوج ليكون أدل على وجوبها عليه في حال استمتاعه بها[٥].

ب – قوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [٦].

ووجه الدلالة :أن الله تعالى جعل في هذه الآية الكريمة القوامة للرجل بما أوجبه الله عليه من النفقات والكلف (المهور والنفقات) ،

---

(١) احمد الدردير ، **الشرح الصغير**، ج٢،ص ٧٢٩. الصاوي ، **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ،ج٢،ص ٩٠٩. الخرشي ، **حاشية الخرشي** ، ج ٥،ص ١٨٨.

(٢) العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج ١١،ص ١٥٧.الأنصاري ، **آسى المطالب شرح روض الطالب** ، ج٧، ص ٤٤٩.

(٣) ابن مفلح ، **الفروع** ، ج٥ ، ص ٥٧٧. البهوتي ، **الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، ج ٧،ص ١٠٧.

(٤) سورة البقرة : الآية (٢٣٣) .

(٥) الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، ج١١ ، ص٤١٥ . القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٣، ص١٠٦ ، العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١١، ص١٥٧ ، الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٣، ص٤١٧ ، وانظر أيضا في مراجع التفسير عند الحديث عن (ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا) إن ألامساك بمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها والنفقة جزء منه ، انظر الشوكاني ، **فتح القدير** ، ج١، ص٣١٩ .

(٦) سورة النساء : الآية (٣٤) .

والكلف التي أوجبها الله عليهم لهن في كتابه وسنة نبيه ، وقال الماوردي: دلت هذه الآية على وجوب النفقة على الزوج من وجهين : الأول : المعقول منها وهو قوله ﷻ : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ والقيم على غيره متكفل بأمره . الثاني : النص ، وهو قوله تعالى : ﴿وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ والله سبحانه وتعالى علّل سبب القوامة للإنفاق من أموالهم[١].

٢ - **السنة النبوية :-**

ورد في السنة النبوية الشريفة أدلة عديدة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها نذكر منها :

أ - عن أبى هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : تصدقوا ، فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار ، فقال : تصدق به على نفسك ، قال : عندي آخر ، قال: تصدق به على زوجتك ، قال : عندي آخر ، قال : تصدق به على ولدك ، قال : عندي آخر ، قال تصدق به على خادمك ، قال : عندي آخر ، قال : أنت أبصر به[٢].

ووجه الدلالة: من الحديث هو قول الماوردي فيه : (أنه أعم حديث في وجوب النفقة ، لأنه جمع فيها أو جمع فيه بين وجوبها بنسب وسبب) [٣].

---

(١) ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج١ ، ط١ ، دار الخير ، ١٩٩٩ ، ص٥٣٧ . القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٥، ص١١١ ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (٤٥٠ هـ) ، **النفقات** ، ط١ ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨ م ، ص٢٨ وانظر أيضا الماوردي ، **الحاوي** ، ج١١ ، ص٤١٥ .

(٢) أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، حديث رقم (١٩٧) ، ط٣ ، ج١، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م ، ص٧٨ والحاكم في المستدرك على الصحيحين ، كتاب الزكاة ، حديث رقم (١٥١٤) ، ط١ ، ج١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١هـ- ١٩٩٠ م ، ص٥٧٥ والإمام احمد في مسنده ، مسند أبو هريرة ﷺ حديث رقم (٧٤١٣)، ج٢ ، ص٢٥١ ، وابن حبان في صحيحه ، باب النفقه ، حديث رقم (٤٢٣٣) ، ج١٠، ص٤٦ .

(٣) الماوردي ، **الحاوي** ، ج١١ ، ص ص٤١٤ -٤١٥ . الماوردي ، **النفقات** ، ص٣٩ .

ب - ما روي عن عائشة رضي الله عنها ، أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[١].

وجه الدلالة: أن الحديث فيه دليل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، وهو مجمع عليه كما سلف وعلى وجوب نفقة الولد على الأب وأنه يجوز لمن وجبت له النفقة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الإمتثال وأصر على التمرد [٢].

٣ - **الإجماع : -**

على وجوب النفقة للزوجة على الزوج جرى عمل الصحابة وإجماعهم والتابعين من بعدهم والعلماء والفقهاء ولم يروى مخالف لذلك [٣].

٤ - **المعقول :-**

أن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرغها بحقه فكان عليه أن ينفق عليها ، وعليه كفايتها ، لأن الغرم بالغنم والخراج بالضمان ، فالنفقة جراء الاحتباس، فمن احتبس لمنفعة غيره وجبت

---

(١) متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ غير علمه ، حديث رقم (٥٣٦٤) ، الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الا قضيه ، حديث رقم (٤٤٥٢) .

(٢) محمد بن علي الشوكاني ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار** ، ج٦ ، ص٣٤٢ .

(٣) أبو بكر محمد بن ابراهيم ابن المنذر ، **الإجماع** ، تحقيق أبو حماد صغير احمد بن حسن حنيف ، ط٢ ، مكتبة مكة الثقافية ، راس الخيمة ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ، ص١٠٩ . الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٦، ص٣٤٠ ، ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٧ ، ص٣٧٦ ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص١٨١، الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٣، ص٤١٨ ، ابن المنذر ، **الاشراف على مذاهب أهل العلم** ، ط١ ، ج٣، دار الفقه ، الدوحه ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ م ، ص١٢٦ ، سعدي أبو حبيب ، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي** ،ج٢، ص ١١٢٧ .

نفقته في مال الغير ، ثم إن النفقة عوض النكاح الذي يملكه الزوج والزوجة بتسليم نفسها له تسليما تاما حقيقة أو حكما [١].

الفرع الثالث : حكم التفريق بسبب الإعسار بالنفقة بين الزوجين .

اختلفت أقوال الفقهاء في جواز التفريق للإعسار بالنفقة على قولين هما :

القول الأول : "عدم جواز التفريق " ، حيث يرى أصحاب هذا القول بأنه لا يفرق بين الزوج وزوجته إذا أعسر بنفقتها، سواء كان الزوج حاضرا أم غائبا، وإنما على الزوجة الاستدانة على أن يقضي ذلك من مال الزوج بعد أن ترفع أمرها إلى القضاء ويحكم لها القاضي بذلك ، وهو قول الحنفية[٢] ، والظاهرية[٣] ، وقول عند الشيعة الإمامية [٤]، وبعض الشافعية[٥] ، وابن القيم من الحنابلة [٦]، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة[٧] .

القول الثاني :" جواز التفريق بين الزوجين " ، حيث ذهب أصحابه إلى القول بالتفريق بين الزوجين إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، بعد أن يمهل مدة قدرها الشافعية بثلاثة أيام ، والمالكية بمدة بحسب ما يراها الحاكم مناسبة، فيثبت للزوجة بعد ذلك حق في التفريق، وهي بالخيار بين الإبقاء على الزوجية أو عدمها ، ولها الحق أيضا في الاستدانة لنفقتها أو تنفق من مالها ،على أن تكون مدة إعسار زوجها دين في ذمته إلى حين يساره أو تختار التفريق ، وذهب إلى هذا القول الشافعية

---

(١) الكاساني : **بدائع الصنائع** ، ج٣ ، ص٤١٨ ، ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١، ص٣٤٨ ، الماوردي ، **النفقات** ، ص ص ٤٢ –٤٣ ، الزركشي ، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** ، ج٢، ص٥٥٩ ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص١٨١ ، الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ، ص٧٨٧ .

(٢) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٣ ، ص ص ٣٢٩ –٣٣١ ، ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٤ ، ص٣١٢ ، ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، ج١٠، ص٥٣٣ .الحصكفي ، **الدر المختار** ، ص٢٦٠ ، ابن المودود الموصلي ، ٦٨٣هـ ، **الاختيار لتعليل المحتار** ، ج٢ ، ط٣، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥ م ، ص٢٤٢ .

(٣) ابن حزم ، **المحلى بالآثار**، ج١١ ، ص١٦١ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج٢ ، ص١٤٥ .

(٥) الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٣ ، ص٤٤٢ .

(٦) ابن القيم ، **زاد المعاد في هدى خير العباد** ، ج٤ ، ص٣٠٣ .

(٧) ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٧ ، ص٣٨٧ .

والمالكية والحنابلة وقول عند الزيدية والإباضية وروي عن أبى ثور وربيعة وحماد ابن سلمه وسعيد بن المسيب والحسن البصري ، وأما من الصحابة فقال بذلك عمر بن الخطاب وعلي بن أبى طالب وأبي هريرة [(١)].

الأدلـــــــــــة :

أدلة القول الأول :

استدل من قال بعدم جواز التفريق بالكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول وذلك كما يلي :

١ – **الكتاب .**

أ – قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [(٢)].

ووجه الدلالة : أن الآية نصت على أن التكليف في ضوء المقدرة وأن المعسر ليس بمكلف بالإنفاق حال كونه معسرا، وعلى ذلك فإنه لا حق للمرأة في المطالبة بالنفقة وبالتالي لا حق لها في فسخ النكاح بسبب عجزه عنه [(٣)].

ب – وقوله تعالى : {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنتُمْ تَعْلَمُونَ } [(٤)]. **ووجه الدلالة** :أن الآية دلت بعمومها على

---

(١) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢ ، ص٧٤٥ ، الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٥، ص٢١٣، الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٦٣ ، العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١١ ، ص١٨٩ ، ابن قدامه ، **المغني** ، ج٧ ، ص٨٧٣ ، ابن مفلح ، **الفروع** ، ج٥ ، ص٥٨٧ ، ابن النجار ، **منتهى الإيرادات** ، ج٣ ، ص٢٥٣ ، ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤، ٣٠٤ ، الهيتمي ، **تحفة المحتاج لشرح المنهاج** ، ج٣ ، ص٥١٣ ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣، ص٤٩٤ ، المرتضي ، البحر الزخار ، ج٤ ، ص٢٧٤ ، اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج٦ ، ص٤٨٣ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٦ ، ص٣٤٤ – ٣٤٦ ، المطيعي ، تكملة المجموع ، شرح المهذب ، ج١٧ ، ص١١١ .

(٢) سورة الطلاق: الآية رقم (٧) .

(٣) الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٦ ، ص٣٤٥ ، ابن حزم ، **المحلى** ، ج١١، ص١٦١ ، محمد عقله الإبراهيمي ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، ج٣ ، ص٢١٢ ،

(٤) سورة البقرة : الآية (٢٨٠) .

إنظار المعسر، سواء كان ذلك الزوج أم غيره، فالآية عامة وشاملة ، والزوجة مشمولة بهذا الأمر ؛ لأن غاية النفقة أن تكون دينا في ذمة الزوج وواجب عليها أن تمهل زوجها لحين يسره[١].

ج - وقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٢].

ووجه الدلالة : أن الله ندب الفقراء إلى الزواج مع أن ظاهر حالهم الإعسار فلو كان الفسخ بالإعسار واجبا لما صح أن يرغبوا فيه [٣].

٢ - **السنة النبوية** . ما رواه الإمام مسلم في صحيحه من حديث جابر بن أبى زيد قال : " دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ﷺ ، فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم ، قال : فأُذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأُذن له، فوجد النبي ﷺ جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا ، قال : فقال : لأقولن شيئا أضحك النبي ﷺ فقال يا رسول الله : لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله ﷺ وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة ، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها ، كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده ، فقلن : والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ليس عنده ، ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا وعشرين، ثم نزلت عليه هذه الآية { يا أيها النبي قل لأزواجك ... حتى بلغ ... للمحسنات منكن أجرا عظيما }[٤] "[٥].

ووجه الدلالة : من الحديث هو استنكار أبي بكر وعمر سؤال زوجات النبي ﷺ النفقة مع إعساره وعدم قدرته على الأنفاق ، وفي هذا دلالة على أنه لا حق لهن في سؤاله ذلك ، ومن باب أولى لا يحق للزوجة طلب التفريق للإعسار [٦].

---

(١) ابن الهمام ، **شرح الفتح القدير** ، ج٤ ، ص٣٩٠ ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص١٩١ .

(٢) سورة النور : الآية (٣٢) .

(٣) محمد عقله ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، ج٣ ، ص٢١٢ .

(٤) سورة الأحزاب : الآية (٢٨ -٢٩).

(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الطلاق ، باب بيان تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بنيه ، حديث رقم (٣٦٧٤) .

(٦) مسعود احمد رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ، ص١٧٣ .

٣ - **الإجماع** . لم يثبت عن نساء الصحابة أنهن طلبن التفريق لأجل إعسار أزواجهن بالنفقة مع أن الصحابة كان منهم الموسر والمعسر، فكان إجماعا منهم على عدم جواز طلب التفريق [(١)].

٤ - **المعقول** . إن بقاء النكاح مع الإعسار بالنفقة فوات للمال وهو من التوابع وفي الفسخ بسبب الإعسار فوات للتناسل والسكن الذي هو مقصود عقد النكاح وفوات التابع مقدم على فوات المقصود [(٢)]. ثم إن الرجل إذا أعسر بالصداق بعد الدخول لا يثبت له خيار الفسخ فالنفقة أولى لأن المهر مؤكد لقوته وتقدمه [(٣)].

أدلة القول الثاني :

استدل من يرى بجواز التفريق بين الزوجين للإعسار بالنفقة بالكتاب والسنة والقياس وذلك كما يلي :

١ - **الكتاب** . قوله تعالى : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [(٤)].

ووجه الدلالة : ما ذكره الإمام القرطبي[(٥)] حيث قال: (فهم العلماء من قوله تعالى :وبما أنفقوا من أموالهم ؛ أنه متى عجز عن نفقتها لم يكن قواما عليها ، وإذا لم يكن قواما عليها كان لها فسخ العقد ، لزوال المقصود الذي شرع لأجله النكاح ، وفيه دلالة واضحة من هذا الوجه على ثبوت فسخ النكاح عند الإعسار بالنفقة والكسوة وهو مذهب مالك والشافعي) [(٦)].

---

(١) الصنعاني ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، ج٢ ، ص٤٨٧ . المطيعي ، **تكملة المجموع شرح المهذب**، ج٧ ، ص١١٢ . مسعود رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ، ص١٧٣ .

(٢) السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥ ، ص١٩١ ، **ابن الهمام شرح الفتح القدير** ، ج٤ ، ص٣٩١ .

(٣) محمد عقله ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، ج٣ ، ص٢١٣ .

(٤) سورة النساء : الآية (٣٤) .

(٥) **القرطبي** : هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي ، فقيه مؤلف ومفسر ، محدث ، يعد تفسيره من اجلّ التفاسير وأعظمها نفعا كان من الصالحين توفي بمنية بني خصيب سنة (٦٧١هت) من تصانيفه : الجامع لأحكام القرآن ، التذكرة في أحوال الموتى والآخرة ، قمع الحرص مع الزهد والقناعة .الزركلي ، **الأعلام** ، ج٦،ص ٢١٧.

(٦) محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٥ ، ص١١١ .

وقوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (١).

ووجه الدلالة : أن الله أمر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف أو أن يفارقوهن بإحسان،وعدم الإنفاق مع الإمساك ليس بمعروف لأن الزوج عجز عن النفقة ،وفي هذا إضرار فلزمه الثانية وهي تسريح بإحسان (٢).

٢ - **السنة النبوية :**

أ - ما روي عن أبى هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما (٣).

ب - ما روي عن أبى هريرة ﷺ أيضا أن النبي ﷺ قال : أفضل الصلاة ما ترك غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة : إما أن تطعمني وإما أن تطلقني (٤). ومن الآثار أيضا ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا ، أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى (٥).

٣ - **القياس** : قال جمهور الفقهاء القائلون بجواز التفريق: إن عدم الإنفاق يجوزمعه طلب التفريق بسببه، بالقياس بطريقة الأولى على الجب والعنة ، ففيهما تعطى المرأة حق طلب الفسخ ، مع أن الضرر الذي يلحق بالمرأة نتيجة لذلك أقل

---

(١) سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

(٢) المطيعي ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٧ ، ص٢٦٩ .العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج١١، ص١٨٩ ، ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١،ص ٣٦١ ، محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص٣٣٧ ، مسعود رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ، ص١٧٦ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، حديث رقم (١٤٨٥) ، ج٧ ، ص٤٦٩ .

(٤) أخرجه الدار قطني في السنن ، كتاب النكاح ، باب المهر ، حديث رقم (١٩٠) ، ج٣، ص٢٩٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، حديث رقم (١٥٤٨٤) ، ج٧ ، ص٤٦٩ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الصغرى باب وجوب النفقة للزوجة حديث رقم (٢٩٠٨)،ج٦ ، ص ص٥٣٣ - ٥٣٤ ، والدار قطني في السنن ، كتاب النكاح ، باب المهر ، حديث رقم (١٩٣)، ج٣، ص٢٩٧ ، والشافعي في مسنده ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٢٦٦ .

من الضرر الذي يلحق بها نتيجة العجز عن النفقة، وذلك أن جسم الإنسان يقوم دون وطء ولا يقوم دون غذاء ، فمن باب أولى أن تعطى المرأة حق الفسخ لعدم الإنفاق ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن الضرر الذي يحصل في حالة الجب والعنة يكون عن منفعة مشتركة للزوجين، وهي الإستمتاع، بينما العجز عن النفقة يكون الضرر خاصا بها وحدها كعدم الإنفاق [١].

الفرع الرابع : نوع الفرقة الواقعة بسبب الإعسار بالنفقة .

اختلف الفقهاء الذين يقولون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة في نوع الفرقة الواقعة بسبب ذلك ،هل هي فرقة طلاق ؟ ام فرقة فسخ ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب أصحاب هذا القول إلى أنها طلاق رجعي ، وهو قول المالكية [٢] ، وقول مخرج عند الشافعية[٣] ، فللزوج حق في إرجاع زوجته إذا ثبت يساره بدفع نفقة شهر وقيل نصف شهر مما يليق بها ، وليس من نفقة المعسر ومقدرته على إدامة النفقة لها بعد ذلك ولا تصح الرجعة بغير ذلك [٤].

الرأي الثاني : وذهب أصحابه إلى اعتبار الفرقة الواقعة بسبب ذلك بأنها فرقة فسخ للعقد لا رجعة فيها ، وهم الشافعية في الصحيح عندهم[٥] ، والحنابلة[٦] ، فإذا أعسر

---

(١) ابن قدامه، **المغني** ، ج٧ ، ص٩٦ . العمراني ، **البيان في الفقه الشافعي** ، ج١١، ص١٨٩ ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص٥٥٣ ، محمد سماره ، **أحكام الزوجية وآثارها** ، ص٣٣٨ ، مسعود رضا ، **العجز عن حقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ،ص١٧٨ .

(٢) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢، ص٧٤٦ . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣، ص٤٩٦ ، الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٥ ، ص٢١٨ .

(٣) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٦ ، ص٤٨٤ .

(٤) الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٣ ، ص٤٩٦ ، الخرشي المالكي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٥ ، ص٢١٨ .

(٥) الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، ج١١ ، ص٤٥٤ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٦ ، ص٤٠٤ .

(٦) الإمام أبى الخطاب محفوظ ابن احمد بن الحسن الكوذاني ، **الهداية في فروع الفقه الحنبلي** ، تحقيق محمد حسن اسماعيل ، ط١ ، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص ٩٤ - ٩٥ ،

الزوج بنفقة الزوجة فلها الخيار بين الإقامة وتجعل النفقة دينا في ذمته ، وبين الفسخ فإن اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك .

أثر هذه الفرقة على المهر : إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة وسواء كانت الفرقة طلاقا عند من يعتبرها طلاقا أو بقضاء القاضي بالفسخ فما حكم المهر والعدة ؟.

المهر : إذا كانت الفرقة قبل الدخول كان للزوجة نصف المهر المسمى أو المتعة، وذلك باتفاق الأئمة الثلاثة الذين قالوا بجواز التفريق ، فأما **المالكية** ؛ فلأنها عندهم طلاق رجعي فيثبت للمرأة فيه نصف المسمى قبل الدخول . وأما **الشافعية والحنابلة** والذين يرون بأنها فسخ كما قدمنا من قبل فلأنها ليست لسبب رافق نشوء العقد بل لأمر طارئ عليه، ثم إنه ليس من قبل الزوجة خاصة فيثبت لها ذلك، وفي رواية أخرى سقط جميع مهرها ولا تستحق ذلك لأن الفرقة جاءت من جهتها ، وأما إذا حصلت الفرقة بعد الدخول فيثبت لها تمام المهر المسمى في العقد تسمية صحيحة ولا يثبت لها مهر المثل [1].

الفرع الخامس : موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني .

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني التفريق للإعسار بالنفقة في المواد التالية : (١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩) حيث نصت المادة (١٢٧) على ما يلي : إذا امتنع الزوج عن الأنفاق على زوجته بعد الحكم عليها بنفقتها فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، نفذ الحكم عليه بالنفقه في ماله ، وان لم يكن له مال ولم يقل إنه معسر أو موسر،أو قال إنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق ، طلق القاضي عليه في الحال ،وإذا ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا، وان أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة اشهر ،فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك . وجاء في

ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١، ص٢١٢ ، ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٨ ، ص٣٦٥ ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥ ، ص٤٨٠ .

(١) شهاب الدين احمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي ، ٦٤٨هـ ، **الذخيرة في فروع المالكية** ، تحقيق أبو إسحاق احمد عبد الرحمن ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١ م ، ج٤ ، ص١٦٠ - ١٦١ ، العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج٩ ، ص٤١٤ ، وانظر أيضا ص٤٣٤ ، ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٤٤٢ وما بعدها .

المادة (١٢٨) ما نصه : إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ،فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله ،وإن لم يكن له مال أعذر القاضي إليه وضرب له أجل، فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها ،أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق القاضي عليه بعد الأجل ،وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق القاضي عليه بلا إعذار،وضرب أجل وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

وبناء على ما سبق فقد أخذ القانون من حيث المبدأ برأي جمهور الفقهاء القائلين بجواز التفريق للإعسار بالنفقة، وقد خالف بذلك الأحناف الذين لا يرون بجواز التفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن دفع النفقة ، ثم أخذ بعد ذلك الأحكام التفصيلية لهذا التفريق من المذهب المالكي. ولقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني بجواز رفع الدعوى للتفريق بالعجز عن دفع النفقة شرطين :

١ - أن يحكم للزوجة بنفقة زوجها .

٢ - أن لا يكون للزوج مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، واشترطت أيضا محكمة الاستئناف الشرعية ومن خلال اجتهادها لجواز السير في الدعوى أيضا ما يلي :

أ - أن تنفذ الزوجة الحكم بنفقتها لدى دائرة الإجراء .

ب - أن تحضر الزوجة إلى المحكمة مشروحات من دائرة الإجراء تفيد بتعذر تحصيل النفقة من الزوج [١].

والفرقة الواقعة بسبب عدم الأنفاق اعتبرها القانون طلاقا رجعيا لا فسخا حيث نصت الماد (١٢٩) على ذلك حيث جاء فيها : تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا ، وإذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة ، إذا ثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها ، وباستعداده للإنفاق فعلا

---

(١) كمال علي صالح الصمادي ، **اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد عليها نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، ٢٠٠٣م.

في أثناء العدة فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعه .

المطلب الثالث : الخلع .

الفرع الأول : الخلع لغة واصطلاحا .

أولا ": في اللغة. خَلَعَ الشئ يخلعه خلعا ، واختلعه كنزعه ، إلا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا : إذا جرده[١] . وقال ابن فارس : الخاء واللام والعين ،اصل صحيح مطرد ، وهو مزايلة الشئ الذي كان يشتمل به أو عليه ، تقول خلعت الثوب واخلعه خلعا وخلع الوالي يخلع خلعاً [٢]. وفي مختار الصحاح قال : وخلع امرأته خُلعً بالضم وخالعت المرأة بعلها : أرادته على طلاقها ببذل منها له فهي خالع والاسم (الخُلعة) بالضم وقد تخالعا واختلعت ، فهي مختلعة [٣].

ثانيا ": في الإصطلاح : عرف الفقهاء الخلع اصطلاحا بعدة تعريفات ، وسوف أقوم ببيان هذه التعريفات عند الفقهاء كالآتي :

الحنفية ": (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في معناه) [٤].

المالكية" : (هو طلاق بعوض أو بلفظه [٥]. وعرف أيضا طلاق بعوض تبذله هي أو غيرها فيلزم) [٦].

الشافعية ": (فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع إلى الزوج) [١].

---

(١) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج ٨، ص٩٠ .

(٢) احمد بن فارس بن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة** ، ج ٢، ص٢٠٩ .

(٣) الرازي ، **مختار الصحاح** ، ص١٨٥ .

(٤) ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٤ ، ص٧٧ . ابن عابدين ، **حاشية بن عابدين** ، ج١٠، ص٦٠. الحصكفي ، **الدر المختار** ، ص ٢٣٤ .

(٥) الدرير ، **الشرح الصغير** ، ج٢ ، ص٥١٨ . الخرشي ، **حاشية الخرشي على سيدي خليل** ، ج٤ ، ص٤١٧ .

(٦) أبو بكر حسن الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب الإمام مالك** ، ط١ ، ج٢، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص١٢٣ .

الحنابلة ": (فراق الزوج لامرأته بعوض ، يأخذه الزوج من زوجته أو من غيرها)[٢].

الظاهرية : (هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه ، خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها) [٣].

الإباضية : (هو فداء ببعض الصداق) [٤].

أما عن العلاقة بين المعنى اللغوي والإصطلاحي، فإن الناظر إلى تعريفات الفقهاء للخلع يرى بأنها كلها تصب في معنى واحد ، وإن اختلفت العبارات بحسب تفنن الفقهاء بالتعريف وبين إدخاله لبعض القيود وعدمها ، إذ إنها كلها جاءت لتدل على معنى واحد ، وهو ظاهر من التعاريف وهو الفرقة بين الزوجين بعوض تدفعه الزوجة لزوجها ، وعلى ذلك فإن هناك صلة قوية بين المعنى اللغوي والاصطلاحي وتتضح تلك العلاقة بما يلي: فعندما يقال خالع امرأته خلعا فاختلعت فهي خالع، يعني افتدت منه بمالها ليزيلها عن نفسه ، ولذلك سميت هذه الفرقة خلع من نزع اللباس في قوله تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴾ [٥].فجعل الحق سبحانه وتعالى النساء لباس للرجل لقوة العلاقة وارتباطها بينهما، من ستر أحدهما للآخر واعفافه له ، فإذا فارقها كان كأنه نزعها منه، وفي ذلك استعارة تصريحية ، فشبه الساتر المعنوي للساتر الحسي ، واستعير اسم المشبه به وهو اللباس للمشبه وهو أحد الزوجين [٦].

---

(١) النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص٣٧٤ ، الأنصاري ، **اسنى المطالب شرح روضة طالب** ، ج٧ ، ص ٣ . تقي الدين ابن محمد بن الحسن الحصيني الشافعي ، **كفاية الأخيار في حال غاية الأمصار** ، ط٣ ، ج٢ ، قطر ، ص١٤٦ .

(٢) ابن قدامه المقدسي ، **الكافيفي فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، ص٦٥٩ ، البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، ج٥ ، ص٢١٢ ، ابن النجار ، **منتهى الإيرادات** ، ج٢ ، ص٣٢٦ .

(٣) ابن حزم الظاهري ، **المحلى** ، ج٩ ، ص٥١١ .

(٤) ابن اطفيش ، **شرح النيل وشفاء العليل** ، ج٧ ، ص٢٧٤ .

(٥) سورة البقرة : الآية (١٨٧) .

(٦) ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، **منار السبيل** ،ج٢ ، ط٢، مكتبة المعارف ، الرياض ، ص٢٠٣ ، الصاوي ، **بلغة السالك لأقرب المسلك إلى مذهب الإمام مالك** ،ج٢، ص٧٧٨ ، الماوردي ، الحاوي

الفرع الثاني :أدلة مشروعية الخلع : ثبتت مشروعية الخلع في الكتاب والسنة والإجماع، وسنعرض ذلك بإيجاز :

١ - **الكتاب** .قال الله ﷻ : ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [١].

ووجه الدلالة : من الآية أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لم تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهم، مثل بغض المرأة لزوجها ففي هذه الحالة التي يحدث فيها الشقاق والنشوز إذا تعذر الإصلاح والوفاق أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مال لتملك عصمتها [٢].

٢ - **السنة النبوية** . ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع نذكر رواية الإمام البخاري منها :

روى البخاري عن عكرمه عن ابن عباس ﷺ قال : أتت امرأة ثابت ابن قيس النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكنني أكره الكفر في الإسلام ، فقال النبي ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ قالت : نعم قال النبي ﷺ إقبل الحديقة وطلقها تطليقة [٣]. وفي الحديث دليل على مشروعية الخلع وصحته وأنه يحل أخذ العوض من المرأة [٤].

الكبير، ج١٠، ص٣ ، احمد عامر سعيد الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ط١، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨ م ، ص٥٢ .

(١) سورة البقرة : الآية (٢٢٩) .

(٢) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٣ ، ص٩٠ . محمد بن احمد الشنقيطي ، ١٣٩٣ هـ ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م ، ابن كثير الدمشقي ، **تفسير القرآن العظيم** ، الطبعة الجديدة ، ص٢٦٣ ، الماوردي ، **الحاوي الكبير** ، ج١٠ ، ص٤ .

(٣) رواه البخاي في صحيحه كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، حديث رقم (٥٢٧٣ ، ٥٢٧٤ ، ٥٢٧٥ ، ٥٢٧٦) ، ط١، دار ابن حزم ، بيروت ، ص ١٠٠٧ .

(٤) الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٢ ، ص١٩٥ .

٣ - **الإجماع** . حيث أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع وهذا ما كان عليه فعل الصحابة وجاء في المغني عن الخلع ما نصه : (أنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم يعرف لهم في عصرهم مخالف فيكون إجماعاً)[١]. وبعد أن ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع كان لا بد لنا حتى نتحرى الموضوعية في البحث أن نذكر أن هناك من ذهب إلى عدم جواز الخلع وهو بكر بن عبد الله المزني[٢] حيث ذهب إلى عدم جوازه واستدل بذلك بما يلي :

أ - أن الخلع منسوخ بقوله تعالى : ﴿ وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾. فقد قال عطية بن أبي الصهباء : سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد منه امرأته الخلع ؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئا ، فقال : قلت له : فقوله تعالى في كتابه: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ قال: هذه نسخت بقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾ [٣].

ب - واستدل أيضا بقوله ﷺ : (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة) [٤].ويناقش ما استدل به المزني بما يلي:

---

(١) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٢٦٨ .السرخسي ، **المبسوط** ، ج٦ ، ص١٧١ . ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١١٧ ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص٤٣٠ .

(٢) بكر بن عبد الله المزني البصري (١٠٨ هـ)، احد الأعلام ، الحجة في الحديث والفقه ، والذي يذكر مع الحسن البصري وابن سيرين حدث عن المغيرة بن شعبة وابن عباس وابن عمر وانس مبن مالك وحدث عنه حميد الطويل وثابت النباني ، برعى في الحديث والفقه وكان ثقة ثبتا كثير الحديث حجة . ابن حجر ، **تهذيب التهذيب** ، ج١ ، ص٣٦٣ .

(٣) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٢٨٦ ، الماوردي ، **الحاوي** ، ج١٠، ص٤ ، ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، ج١٧ ، ص١٥٧ .

(٤) أخرجه الصنعاني في المصنف ، كتاب الطلاق ، باب مايقال في المختلعة والتي تسأل الطلاق،حديث رقم (٣٠٢٩)،وحديث رقم (٣٠٢٨) ، ج٦،ص٣٩١-٣٩٢،دار الكتب العلمية ،بيروت ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠موأخرجه سعيد بن منصور ، في مسنده ،كتاب الطلاق ،باب المرأة تسال زوجها الطلاق،حديث رقم (١٤٠٧)، ج١،ص ٣٣٠، ط١، دار الكتب العلمية ،بيروت ١٤٠٥هـ-١٩٨٥. المناوي ، **فيض القدير شرح الجامع الصغير من احاديث البشير النذير** ،ط١،ج٣، دار الكتب العلمية بيروت ،١٤٢٢هـ-٢٠٠١م،ص١٧٨. مجموعة من المؤلفين ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج٢٠ ، ص٢٧٧ .

(١) يرد عليه بأن الآية منعت من أخذ ما لم تطب به نفسا ، ولم تمنع ما بذلته عن طيب نفس واختيار كما قال تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾[١].

(٢) إن ما استدل به من دعوى النسخ مردود ؛ لأنه ليس في قوله تعالى : { وان اردتم استبدال زوج } ما يوجب نسخ قوله تعالى {فان خفتم أن لا يقيما حدود الله } ؛ لأن كل واحدة منهما مقصورة على الحكم حال مذكور فيها ،فإنما حرم الخلع إذا كان النشوز من قبله وأراد استبدال زوج مكان زوج ، وأباحه إذا خافا أن لا يقيما حدود الله بأن تكون مبغضة له، سيئة الخلق ، أو كان هو سيء الخلق، ولا يقصد الإضرار بها لكنهما يخافان أن لا يقيما حدود الله من حسن العشرة ،وتوفية ما الزمهما الله من حقوق الزوجية ،وظاهر هذه الحالة غير تلك ، فليست في إحدى الآيتين ما يعترض به على الأخرى ،ولا ما يوجب نسخها ، ثم إن دعوى النسخ مردودة أيضا؛ لأن من شروط النسخ العلم بتأخر الناسخ وهو هنا منتف [٢].

(٣) واستدلاله بالسنة مردود؛ لأنه في غير موضع النزاع؛لأن الوعيد في الحديث إنما هو في المرأة التي تسأل زوجها طلاقا بلا سبب أو حاجة تدعو إليه ، وأما عند الخوف من عدم إقامة الحدود أي حدود الله فيجوز ذلك [٣].

الفرع الثالث : نوع الفرقة الواقعة بالخلع .

اتفق الفقهاء على أن الخلع تثبت به الفرقة بين الزوجين،إلا أنهم اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة فيه والناتجة عنه ، هل تعد هذه الفرقة طلاقا ؟ أم تعد فسخا ؟ وذلك كما يلي :

---

(١) الماوردي ، **الحاوي** ، ج١٠ ، ص٤ ، وانظر أيضا ابن عبد البر ، **الاستذكار** ،ج١٧ ، ص ص ١٧٥-١٧٦ . ـــــــــ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج٢٠، ص٢٧٧ .

(٢) المرجع ذاته

(٣) المرجع ذاته .

القول الأول : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الخلع طلاق وليس فسخا ،وهو مروي عن عثمان بن عفان وابن مسعود وعلي بن أبي طالب ، وروي أيضا:(عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وشريح ومجاهد وأبي سلمه والنخعي والشبعي والزهري ومكحول ،وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد بن حنبل وأحد أقوالٍ ثلاثةٍ منسوبة للشافعية والظاهرية والإمامية والزيدية [(١)].

القول الثاني : وذهب أصحاب هذا القول إلى أن الخلع فسخ وليس طلاق ، وهو مروي عن ابن عباس وعكرمه وطاووس، وذهب إليه إسحاق ، والإمام الشافعي في القديم ، والإمام أحمد في الرواية المعتمدة عنده [(٢)].

الأدلـــــــــة :

أدلـــــة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بأن الخلع طلاق بالكتاب والسنة والمعقول وذلك كما يلي :

١ - **القرآن الكريم :** قوله تعالى :﴿ **الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**

---

(١) الماوردي ، **الحاوي الكبير** ، ج١٠ ، ص٩ ، الشيرازي ، **المهذب في الفقه الشافعي** ،ج٤، ص٢٥٨ ، المرغياني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج١، ص٢٦١ ، الشافعي ، **الأم** ، ج٦، ص٥٠٤ ، علاء الدين سمر قندي ، **تحفة الفقهاء** ، ط١ ، ج١ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٠٥ هـ -١٩٨٤ م ، ص١٩٩ ، الدسوقي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٤، ص٤٣٦ ، أبو الوليد ابن رشد القرطبي ، ٥٢٠هـ ، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجه** ، تحقيق محمد حجي ، ج٥ ، دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، ص٢٧٧ ، الشوكاني ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، تحقيق محمود إبراهيم ، ط ١ ، ج٢ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص٣٦٨ .

(٢) ابن المنذر، **الإشراف على مذاهب أهل العلم** ، ج٣ ، ص٢١٤ .ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٢٧٤ .العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠، ص ١١ ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤ ، ص٤٣٩ ، المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٨، ص٣٩٢ ، القرطبي ، **الجامع لإحكام القرآن** ،ج٣ ، ص٩٥. محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ)، **الوجيز في فقه الإمام الشافعي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م،ص ٣٠٩. .

تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ثم قال بعد ذلك:﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ .

ووجه الدلالة : من الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما ؛ولأنه لفظ لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقا [١].

٢ - **من السنة النبوية** . ما رواه البخاري في صحيحه عن عكرمة عن ابن عباس ﷺ أن امرأة ثابت بن قيس .... إلى قوله: قال رسول الله ﷺ : (إقبل الحديقة وطلقها تطليقة) [٢].

ووجه الدلالة : إن النبي ﷺ أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صريحا ،وجعله طلاقا [٣].

ما روي أيضا عن حماد بن سلمه عن هشام ،عن عروة عن أبيه ،عن جهمان: أن أم بكرة الأسلمية اختلعت من زوجها عبد الله ابن أسيد، فقدما إلى عثمان بن عفان في ذلك فقال : تطليقة واحدة إلا أن تكون سميت ثلاثا فهي ثلاث.

ووجه الدلالة : أن عثمان ﷺ بين في هذه الفرقة العدد وقال: هي واحدة ،والذي يحتمل الأعداد هو الطلاق لا الفسخ [٤].

٣ - **المعقول** .

أ - إن الزوج أخذ العوض على ما يملكه،والذي يملكه الطلاق دون الفسخ ؛ لأنه لو قال : قد فسخت النكاح لم ينفسخ إذا لم يرد الطلاق [٥].

ب - إن الخلع لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق؛ لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل ، فدل هذا على أنه ليس بفسخ وإنما هو طلاق [١].

---

(١) الماوردي ، **الحاوي الكبير** ، ج١٠، ص٩ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ابن حجر العسقلاني ، ٨٥٢ هـ ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ط١ ، ج١٠ ، دار الفكر بيروت ، ١٤١٦هـ -١٩٩٦ م ، ص٥٠٣ ، عامر الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٢٤.

(٤) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٤، ص٥٨ ، وانظر: جعفر محمود ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، رسالة ملجستير غير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ،٢٠٠٢ م ، ص٤٩ .

(٥) ابن حجر العسقلاني ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ج١٠، ص٤٩٧ ، أبو الوليد سليمان الباجي ، ٤٩٤هـ ، **المنتقى شرح الموطأ** ، ج٤، مطبعة السعادة ، بيروت ، ص٦٧ .

ج - إن الخلع فرقة حدثت بعد تمام النكاح فتكون طلاقاً ؛ لأنها لا تحتمل الفسخ بعد تمامه[٢] .

د - إن الزوجة بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملكها الزوج ويوقعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً [٣].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بان الخلع فسخ بالكتاب والسنة والمعقول وذلك كما يلي :

١ - **القرآن الكريم** . قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [٤].

ووجه الدلالة :إنه لو كان الخلع طلاقاً لصار مع الطلقتين المتقدمتين عليه ثلاثا ،وحرمت المرأة على زوجها حتى تنكح زوجا غيره ، ولما قال بعده : فإن طلقها – يعني الثالثة – فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ؛ لأنه قد طلقها وصار التحريم متعلقا بأربع لا بثلاث، وهذا قطعاً غير صحيحٍ إذا لم يكن بد أن نعتبر الخلع فسخاً وليس طلاقاً [٥].

٢ - **السنة النبوية** . جاءت روايات في حادثة ثابت بن قيس مع زوجته تفيد أن الخلع ليس بطلاق وهي كما يلي :

أ - إن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس : خذ الذي عليك وخلي سبيلها ، قال : نعم ، فأمره النبي ﷺ أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها [٦].

---

(١) جعفر الملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص٤٨ .

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣ ، ص٢٧٧ ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٤ ، ص٥٨.

(٣) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٢٥٧.

(٤) سورة البقرة : الآية (٢٢٩) والآية (٢٣٠) .

(٥) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٣ ، ص٩٥ ، ابن قدامه ، المغني ، ج١٠، ص٢٧٥ ، الشنقيطي ، **أضواء البيان** ، ص٨٦ ، عامر الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٢٨ ، جعفر ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص٥٢ . مصطفى العدوي ،.**جامع أحكام النساء**، ط١،ج٤،دار ابن عفان ، القاهرة ، ١٤١٩هـ–١٩٩٩مص ١٦٢.

(٦) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع ، عدة المختلعة ، حديث رقم (٣٤٤٠)..

ب - وما روي أيضا أن النبي ﷺ قال لامرأة ثابت بن قيس : أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت : وزيادة ، فقال النبي ﷺ أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته، قالت : نعم ، فأخذها وخلى سبيلها [(١)].

ج - ما روي عن نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيعة بنت معوض بن عفرا تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان، فجاء عمها إلى عثمان ، فقال : إن ابنة معوض اختلعت من زوجها اليوم ، أفتنتقل اليوم ؟ فقال : لتنتقل ، ولا ميراث بينهما ، ولا عدة عليها ، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل ، فقال ابن عمر :عثمان خيرنا وأعلمنا [(٢)].

ووجه الدلالة : إن هذه الروايات كلها تشير إلى أن الخلع فسخ لا طلاق ، سواء التعبير بـــ (خلي سبيلها) ،أو العدة وهي حيضة واحدة، فإنها تشير إلى أن الخلع فسخ لا طلاق[(٣)]. ويبرز أيضاً عمل عثمان ؓ صراحة أن الخلع فسخ وقد أقره على ذلك ابن عمر[(٤)] .

د - واحتجوا أيضا من السنة بما ذكره القرطبي قال : (واحتجوا بالحديث عن ابن عيينة عن عمرو عن طاووس عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها ؟ قال نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق) [(٥)].

٣ - **المعقول** .

أ - إن الخلع بمنزلة الإقالة في البيع فدل على أنه فسخ [(٦)].

---

(١) ابن حزم، **المحلى** ، ج١٠، ص٢٣٧ ..

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، كتاب الطلاق ، طلاق المختلعة ، حديث رقم (١٠٣٤) ، وانظر أيضا ابن حزم ، ج١٠، ص٢٣٧ والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٣ ، ص٩٥ .

(٣) جعفر الملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص٥٣ ، عامر الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٣٠ - ٢٣١ .

(٤) جعفر الملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص٥٣

(٥) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج٣ ، ص٩٥ .

(٦) عامر الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٣٣ .

ب - لأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخا كسائر الفسخ [١].

ج - الفرقة بالنكاح تكون بطلاق أو بفسخ ، ولما كانت الفرقة بطلاق تتنوع إلى نوعين : بعوض وغير عوض ، وجب أن تكون الفرقة بالفسخ تتنوع إلى نوعين أيضا بعوض وغير عوض ، ولأن النكاح عقد معاوضة ؛ فإذا لحقه الفسخ إجبارا جاز أن يلحقه الفسخ اختيارا كالبيع [٢]. وقال ابن تيمية : وأما النقل عن ابن عباس أنه فرقة بطلاق فمن أصح النقل الثابت في اتفاق أهل العلم والآثار وهذا مما اعتقد به القائلون بأنه فسخ كأحمد وغيره [٣].

المناقشة والترجيح .

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم، يرى الباحث أن أدلة الفريقين محتملة، ولا نستطيع أن نرجح رأيا على آخر لتساويهما بالقوة والدلالة، إلا إنه مما ينبغي معرفته ومراعاته هو إنزال هذا الحكم على واقعنا، ومدى موافقته وملائمته لهذا الواقع. وعلى ذلك يرى الباحث أن االحكم الملائم والموافق لواقعنا المعاش هو كون الخلع طلاقا وذلك لما يلي :

١ - إن القول بان الخلع فسخ ، يفتح الباب إلى التحايل على الطلاق ويؤدي إلى التلاعب بالأعراض ، إذ إنه للزوج إعادة الزوجية وقتما شاء وبعدد المرات التي يريد .

٢ - إن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ ،وذلك لأنه مأخوذ من الخَلع وهو النزع،والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة، يقول تعالى : { ونزعنا ما في صدورهم من غل إخوانا }[٤] أي أخرجنا . وقوله تعالى : {ونزع يده } [١] أي

---

(١) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١٠ ، ص٢٧٥ .

(٢) الماوردي ، **الحاوي الكبير** ، ج١٠ ، ص١٠ .

(٣) **احمد ابن تيمية ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن قاسم العاصمي الحنبلي ، ج٣٢، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م ، ص ٢٩٢ .**

(٤) سورة الحجر : الآية (٤٧) .

أخرجها من جيبه فكان معنى قوله خلعها : أي أخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن ، وفسخ النكاح رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن فلا يتحقق فيه معنى الإخراج [٢].

٣ - وفي اعتبار أن الخلع طلاق تضييق لعدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وزجر للمرأة عن استعمال حقها في طلب الخلع إذا ما علمت أنه إذا ما تم التفريق للخلع فإن ذلك ينقص من عدد الطلقات، فيما إذا ما فكر الزوجان بالعودة إلى حياتهما المشتركة بعقد ومهر جديدين [٣].

(١) سورة الأعراف : الآية (٥).

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣ ، ص٢٢٧ .

(٣) جعفر ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي**،ص ٥٥ .

الفرع الرابع :الآثار المترتبة على اعتبار الخلع فسخا أو طلاقا .

رتب الفقهاء آثارا مهمة على كلا الاعتبارين[١] :

أولاً ": على اعتبار أنه طلاق :

١ - يحسب من عدد الطلقات .

٢ - يجوز للزوج أن يعدد أكثر من خلع بلفظ واحد فيقع ما عدده من يجيز تعدد الطلقات .

٣ - إن عدة المختلعة هي ثلاث حيضات كما هي للمطلقة .

٤ - لزوم كثير من الأحكام كنفقة العدة وثبوت النسب ؛ لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل .

٥ - للزوج أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين، ما لم يكن الخلع مسبوقا بطلقتين.

ثانيا": على اعتبار أنه فسخ .

١ - لا يحسب من عدد الطلقات ، فله أن يراجعها حتى وإن سبق بطلقتين .

٢ - لا يقع الفسخ متعددا بل واحدا ولو نوى أكثر من واحدة .

٣ - إن عدتها تكون بحيضة واحدة .

٤ - فرقة الفسخ لا تقع على المرأة في عدتها منه إلا ما يكون بسبب الردة .

الفرع الخامس : موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني .

عني قانون الأحوال الشخصية الأردني بالخلع حيث ورد في أكثر من مادة قانونية تحدثت عن الخلع وشروطه وعن طبيعته وعن صفته وعن بدل الخلع وأحكام كثيرة متعلقة فيه ،وأخذ قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق به برأي المذاهب الفقهية مع ما يتناسب مع روح العصر دون حصر في مذهب معين ، نص قانون

---

(١) انظر: ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٤ ، ص٨٠ ، النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٧ ، ص٣٨٧ ، الدردير ، **الشرح الكبير** ، ج٢ ، ص٤٢٠ ، الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، ص٢٤٠ ، جعفر ملكاوي ، **الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص٥٦ ، احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، محمد وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ص ص ٥٠٤ وما بعدها ، محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص٣١٩ .

الأحوال الشخصية الأردني بالمواد (١٠٢) إلى (١١٢) على المخالعة وشروطها وما يتعلق بها.

ومما يؤخذ على تلك المواد القانونية بأنه لم يصرح بذكر نوع الفرقة الواقعة بالخلع نص صريح واضح وقاطع ، إلا أنه يفهم من نصوص بعض المواد أن القانون اعتبر الخلع طلاقا بائنا ، ويكون بذلك قد أخذ برأي الحنفية ومن وافقهم في اعتبار أن الخلع طلاق ،حيث جاء في المادة (١٠٢/ج) : (إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا) ، ومفهوم المخالفة لذلك أنه إذا صح وقع بائنا ، وأيضا نصت المادة (١٠٧) على أنه : إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت به طلقة رجعية ويفهم من ذلك إذا ذكر البدل وقعت طلقة بائنة .

وأخيراً مما يجدر بنا ذكره أنه قد استحدث نص قانوني جديد ،فيما يتعلق بالخلع في قانون الأحوال الشخصية الأردني، سمي ذلك القانون أو المادة بـ(الخلع الجبري) ونصه كما يلي : نصت المادة (٦) من قانون المعدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ على ما يلي :

(تعدل المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦) لسنة ١٩٧٦ م باعتبار ما رود فيها فقرة (أ) وإضافة الفقرتين (ب و ج) التاليتين[١] :

(أ) – إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه ، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج ، والقاضي يمهله شهرا فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما ، أما إذا كان الزوج غائبا ، ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه ،فإنه يفسخ بدون إمهال .

(ب) – للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها ،وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج ، وللزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا ، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد ضمان إعادة المهر والنفقات .

(ج) –للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ،فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صحيح منها أنها

---

(١) انظر جعفر ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، ص١٣٢ .

تبغض الحياة الزوجية بينهما ، وتخاف أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت لنفسها بالتنازل عن جميع حقوقها، وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين ، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ، فإن لم يتم الصلح ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا .

وجاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون ما يلي [١]:

١ - رفع الضرر الواقع على الزوجة الذي يتعذر إثباته أو لم ينظم القانون تشريعا بخصوصه فبقي معضلة لا يمكن الخلاص منها إلا بالخلع ومن ذلك :

أ - الضرر الناتج عن العيوب الخفية التي لم تطلع الزوجة عليه في الزوج قبل ذلك ، كالعقم وسوء الخلق أو من العيوب التي لا تستطيع الزوجة معها الإستمرار في الحياة الزوجية .

ب - الضرر الحاصل نتيجة البغض والكره من قبل الزوجة للزوج، الذي تستحيل العشرة معه وتخشى فيـــه عدم إقامة حدود الله .

جـ- الضرر الناتج عن وقوع النزاع والخلاف بين الزوجين يتعذر معه في كثير من الأحيان إثبات وقائعه، والذي يشترط فيه ذيوعه وانتشاره بين الناس وشهادة الشهود .

د - الضرر الناتج عن تعدد الزوجات الذي يمكن أن يلحق الضرر بإحدى الزوجات .

هـ- الضرر الحاصل في حالة النشوز، والتي يمكن أن تجد الزوجة نفسها أمام حكم قضائي (حكم الطاعة الزوجية)، والتي تصبح فيه الزوجة معلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة ،الأمر الذي يلحق بها ضرر كبيرا .

---

(١) ذكر الباحث جعفر ملكاوي انه لم تقم اللجنة الملكية المشكّلة لتطوير القضاء النظامي والشرعي والتي شرعت قانون الخلع بوضع الأسباب الموجبة له والتي دعتهم إلى تشريعه وبين أن ما ذكره من أسباب نتيجة لهذا القانون إنما هو اجتهاد واستنباط منه في ضوء عمله في المحاكم الشرعية .

انظر جعفر ملكاوي ، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي ، ص١٣٣ .

٢ - المحافظة على المجتمع الإسلامي ، والأسرة المسلمة بعيدا عن أسباب الإنحلال والفساد ، وسائر ما يبعد الأسرة عما كونت من أجله من سكينة وطمأنينة ، وعفـــة للنفس، وتربية النشء المسلم في بيئة يسودها الألفة والمحبة والتعاون .

٣ - مراعاة لشعور الزوجة وحاجاتها النفسية ، في البقاء مع زوج لا تطيق العيش معه .

٤ - الحد من تعسف بعض الأزواج في الإمساك بزوجاتهم للإضرار بهن ،وابتزازهن مقابل حريتهن .

ويرى الباحث أن مثل هذه الأسباب لا تصلح أن تكون موجبة لمثل هذا القانون ،إذ إن الناظر فيها يجد أنها مجموعة من المشاكل التي يمكن أن تصيب الأسرة ،ولكن الشريعة السمحة قد أوجدت علاجا لمثل هذه المشكلات ، كالتفريق للشقاق والنزاع ، والتفريق للضرر وغيرها من أمور ترفع الضرر عن الزوجة أو الزوج،والتي يمكن أن تترتب عليهما مع بقائهم على النكاح ، وأما عن جعل هذا الخلع جبريا فهو أمرٌ يمكن أن تترتب عليه آثار سلبية ناتجة عن سوء استخدام مثل هذا الحق وخصوصا من جانب النساء ، فتصبح الأسرة مهددة بالإنحلال والفسخ ، وإن الناظر إلى القانون يرى أنه قد أعطى الزوجة عصمة خصّها الله بالرجل دون المرأة بتغليب العقل على العاطفة إضافة إلى غيرها من الأسباب.

المطلب الرابع :التفريق بسبب العيوب .

الفرع الأول : ماهية العيب .

أولاً : في اللغة : العيب في اللغة من (عاب) الشيء أي صار ذا عيب فهو عائب ومعيب ومعيوب ، والعيب هو: الوصمة والجمع أعياب وعيوب ، وعيّبه جعله ذا عيب ونسبه إلى العيب [١]. ومنه قوله تعالى : ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾ [٢]. أي أجعلها ذات عيب [٣].

ثانياً : العيب في الإصطلاح : عرف الفقهاء لفظ العيب المجرد دون حصر أو تحديد لمعنى مقتصر عليه ، إذ أنه – العيب – يدخل في العقود المدنية والمعاملات وغيرها من العقود ،ولذلك كان تعريفهم للعيب لديهم أكثر ما يكون في العقود المالية، أما بالنسبة لما يختص به موضوعنا فهو العيب في عقد النكاح ،أو **في اصطلاح الأحوال الشخصية** فهو : نقص بدني أو عقلي في احد الزوجين يمنع تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية [٤].فالعيب في عقد النكاح هو ما يحول بين الزوجين دون تحقيق للمقاصد المرجوة من هذا العقد، وعلى ذلك لا تتحقق به المودة ، ولا تحصل السكينة ،والأهم من ذلك أثره على التناسل بين الزوجين ، فتنتفي المقاصد التي من أجلها وجد هذا العقد .

الفرع الثاني : حكم التفريق بالعيوب .

إذا وجد أحد الزوجين الآخر مصابا بآفة تمنع المعاشرة الزوجية بينهما، أو وجده مصابا بعلة منفرة لا يمكن معها الإقامة إلا بضرر، وسواء كانت هذه العلة

---

(١) الجوهري ،**الصحاح** ، ج١، ص ١٩٠،مادة (عيب). ابن منظور ،**لسان العرب** ، ج١،ص ٦٣٣. مادة عيب . الفيروز آبادي، القاموس المحيط ،ج١،ص ١٠٩، فصل العين باب الباء. مجموعة من المؤلفين،**المعجم الوسيط** ، ج٢، ٦٤٥مادة عيب.

(٢) سورة الكهف : الآية : (٧٨)

(٣) انظر: القرطبي ، **الجامع لإحكام القرآن** ، ج١١، ص٣٤.ط١.

(٤) انظر: لتعريف العيب في الفقه الإسلامي ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٦،ص ٣٨.ابن رشد ، القرطبي ، **بدية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٥،ص ٣٥. السبكي، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ج١٢، ٣٤٣. ابن مفلح ، **الفروع** ، ج٤،ص ١٠٠.أما التعريف في اصطلاح الأحوال الشخصية انظر : عبد التواب ، **موسوعة الأحوال الشخصية** ،ج١،ص ٣٧٨.

جنسية أم جسدية ،فهل يحق لأحد الزوجين طلب التفريق إذا وجد صاحبه مبتلى بعلة من هذه العلل ؟ اختلف الفقهاء في جواز طلب التفريق بالعيب وذلك كما يلي:

القول الأول : ذهب أصحاب هذا القول إلى منع التفريق بين الزوجين لأي عيب أو علة إذا تم النكاح صحيحا، سواء كانت هذه العلة مانعة من الوطء أو منفرة، وسواء كان المصاب الزوج أم الزوجة، وسواء أيضا كانت قبل الدخول أم بعده، وهو قول عبد الله بن مسعود وعلي بن أبي طالب وعمر بن عبد العزيز، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية والشوكاني [١].

القول الثاني : ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز التفريق بين الزوجين لإصابة أحدهما بعلة أو عيب من العيوب، وبه قال جمهور الفقهاء ، إلا أنهم اختلفوا في ثبوت هذا الحق هل يثبت لكلا الزوجين ، أم أنه يثبت للزوجة دون الزوج ، وهل في كل العيوب أم في عيوب محددة ومعينة ؟ وذلك كما يلي :

١ - ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت هذا الحق لكلا الزوجين، إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا يمنع المعاشرة الزوجية، ولا يمكن المقام معـه إلا بضرر ، ومع اختلافهم في تحديد العيوب المجيزة لطلب التفريق وهي كما يلي :

حيث ذهب **المالكية**[٢] إلى أن العيوب التي يجوز لأحد الزوجين طلب التفريق على أساسها ثلاثة عشر عيبا موزعة على النحو الآتي :

أ - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي : الجنون والجذام[١] والبرص[٢] والعيذطة [٣].

---

(١) ابن حزم ، **المحلى** ، ج١٠، ص٥٨ . الشوكاني ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار**،ج٦، ص١٦٥.ابن قدامة ، ***المغني على مختصر الخرقي*** ،ج ٦، ص ٤٥٨. الصنعاني ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** . ج٢ ،ص١٥٩-١٦٠.الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج٧،ص ٥١٦.

(٢) الدردير ، الشرح الصغير ، ج٢،ص ٤٨٦.الخرشي المالكي ،**حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ج٣،ص ٢٣٥. الدسوقي . **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ،ج٣،ص١٠٥. الحطاب الرعيني ، **مواهب الجليل لمختصر خليل** ، ج٣،ص ٢٨٣.الإمام مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٢،ص ١٦٨.ابن عبد البر ، **الإستذكار الجامع لمذاهب الأمصار**، ج٢٨،ص ٦٩.

ب - عيوب خاصة بالمرأة وهي : القرن(٤) والعفل(٥) والرتق(٦) والبخر(٧) والإفضاء(٨) .

جـ- عيوب خاصة بالرجل وهي : الخصاء(٩) والجب(١٠) والعنة(١١) والاعتراض(١) .

---

(١) **الجذام** : هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر ، ويكون في الوجه غالبا .انظر : الرافعي ، **العزيز شرح الوجيز** ، ج٨، ١٣٣.وانظر :الرملي ،**نهاية المحتاج** ،ج٦،ص ٣٠٣.و**الموسوعة الفقهية الكويتيه** ، ج٢٩،ص ٦٨.

(٢) **البرص:** هو بياض شديد يبقع الجلد ثم يذهب دمويته .انظر : الشربيني، **مغني المحتاج** ، ج٤،ص ٤٣٠.وانظر : الخرشي : **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، ج٣،ص ٢٣٦،. الحطاب ، مواهب الجليل ،ج٥،ص١٤٦.

(٣) **العيذطة** : علة يصاب بها السبيل فينتج عنها التغوط عند الجماع . انظر: الدردير ، **الشرح الكبير**،ج٣،ص١٠٤ وقال الحطاب أنها : حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع . انظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ،ج٥،ص١٤٦.

(٤) **القرن** : هو انسداد محل الجماع بعظم وقيل أيضا بلحم . انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤،ص ٣٤٠. أحمد بن محمد الصاوي ،**بلغة السالك إلى أقرب المسالك مذهب الإمام مالك**، ج٢، ط١،١٩٩٨،ص ٧٤٨.

(٥) **العـفل** : **لحم يبرز** من قبل المرأة لا يسلم غالبا من رشح يشبه أدرة الرجل ، وقيل رغوة من الفرج عند الجماع . انظر: الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢ ،ص ٤٧٠.ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠،ص ٥٧. البهوتي ، **الروض المربع شرح زاد المستنقع** ،ج٢،ص ٣٨٣.

(٦) **الرتق** : هو انسداد محل الجماع بعظم أو لحم وقيل التصاق محل الجماع والتحامه . انظر ، ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،ج٢،ص ٥١.

(٧) **البخر** : نتن الفم وقيل نتن الفرج يثور عند الوطء ، انظر : الدردير ، **الشرح الكبير**، ج٣،ص ١٠٦.

(٨) **الإفضاء** : هو اختلاط مسلكي الذكر و البول، ويسمى عند الحنابلة الفتق ، انظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٥،ص ١٤٨، وانظر : أيضا ابن مفلح **المبدع** ، ج٧،ص ١٠٦.

(٩) **الخصاء** : هو مقطوع الأنثيين ، وقيل : الذي سلت انثياه وبقي ذكره ويسمى موجوراً . انظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٥، ص ١٤٧. الدسوقي ،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج٣،ص١٠٥.

(١٠) **الجب أو المجبوب:** هو من قطع ذكر كله مع الأنثيين ، وقيل:مقطوع جميع الذكر ولم يبقى منه قدر الحشفة. انظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣،ص١٠٥. الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤،ص ٣٤٠.

(١١) **العنّة** : العاجز عن الوطء في القبل خاصة ، وسمي عنينا للين ذكره وانعطافه مأخوذ من عنان الدابة للينه . وعرف أيضا بأنه: صغر الآلة بحيث لا يتأتى به الجماع لفرط صغر الذكر . انظر : الدردير **الشرح الصغير** ، ج٢،ص ٢٧٨ الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج ٤ ، ٣٤٠ .

أما الشافعية[١] : فحصروا العيوب التي يحق معها لأحد الزوجين طلب التفريق بما يلي:

أ - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي : الجذام والجنون والبرص .

ب - عيوب خاصة بالمرأة وهي : الرتق والقرن .

جـ- عيوب خاصة بالرجل وهي : الجب والعنة .

وأما الحنابلة : فعيوب النكاح عندهم ثمانية موزعة على النحو التالي :

أ - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي : الجنون والجذام والبرص .

ب - عيوب خاصة بالمرأة وهي : الفتق والقرن والعفل .

جـ- عيوب خاصة بالرجل وهي : الجب والعنة .

وأضاف علماء الحنابلة إلى هذه العيوب :(استطلاق البطن وسلس البول والباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج والخصاء والبخر والخناثه)[٢].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن حق التفريق ثابت للزوجة دون الزوج، إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب ، وهي عندهم : الجب والعنة والخصاء ، ثم ألحقوا التآخذ والخنوثة ، وهذا رأي أبي حنيفة وأبي يوسف فقط [٣].

---

(١) الشافعي ، **الأم** ، ج٥،ص ٨٢٢.الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٣، ص ٣٣٩ وما بعدها. الهيتمي ، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ج٧،ص ٣٤٦. شمس الدين احمد بن حمزه الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، ج٥، دار إحياء التراث العربي ، ص ٢٣٧.الرافعي ، **الشرح الكبير المعروف بالوجيز** ، ج١٠،ص١٣٣.

(٢) ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠،ص ٥٧. ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٧،ص ١٠٢. المرداوي ، **الإنصاف**،ج٨،ص ١٩٤. البهوتي ، **كشاف القناع** ،ج٥،ص١١٥.

(٣) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،ج٢،ص ٢٢١. ابن الهمام ، **فتح القدير** ، ج ٤، ص ٣٠٣-٣٠٤. ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج ٤ ، ص ١٣٧. الموصولي ، **الاختيار لتعليل المختار** ، ج٣ ،ص ١١٥. اكم الدين محمود البابرتي (٧٧٦هـ)، **شرح العناية على الهداية** ،ط١،ج ٤، دار الفكر، بيروت ، ١٣٨٩هـ١٩٩٣م، ص٣٠٣. المرغيناني ، **الهداية شرح بدية المبتدى** ، ج٤،ص ٢٧٤.

القول الثالث: وذهب أصحاب هذا القول إلى جواز التفريق بكل عيب يثبت في أحد الزوجين أو كليهما ، دون تحديد أو تقييد للعيوب، وذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية، وابن القيم وابن تيمية من الحنابلة، والإمام الزهري ومعمر وأبو ثور [١].

سبب الخـــلاف : وأما عن سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسالة فراجع إلى أمرين :

الأمر الأول": هل قول الصحابي حجة أم لا ؟

فمن رأى بأن قول الصحابي حجة يعمل به في حالة عدم ورود نص قراني كريم ، أو سنة نبوية شريفة ، أو إجماع فإن قول الصحابي يكون حجة ويعمل به ، وقول الصحابي الوارد في هذه المسالة هو قول الصحابي الجليل الفاروق عمر ﷺ :(أيما رجل تزوج بامرأة وبها جنون أو جذام أو برص ،فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها) [٢] .

واستدل بهذا القول من رأى بأن قول الصحابي حجة يعمل به، وقال بجواز التفريق لأجل العيب،ومن رأى عكس ذلك وأن قول الصحابي كقول غيره، قال بعدم حجية هذا القول، وبعدم إلزامه ،وأن المسألة خاضعة للإجتهاد[٣].

الأمر الثاني" : قياس النكاح على البيع ومدى صحة هذا القياس ؟.

من رأى بصحة قياس النكاح على البيع، أي أن عقد النكاح يلحقه أيضا كسائر العقود خيار العيب ،حكم برد النكاح بكل ما يرد به العيب ، وأما من رأى بعدم صحة هذا القياس وذلك؛ لأن عقد النكاح يصح مع عدم رؤية المرأة أو وصفها أو تسمية مهر

---

(١) ابن حزم الظاهري ، **المحلى** ، ج١٠، ص ٥٨ وما بعدها . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٨،ص ١٩٨. **ابن القيم زاد المعاد في هدى خير العباد** ، ج٤،ص ٣١الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج٢، ص ١٦٠. ابن تيمية ، **الاختيارات الفقهية** ، اختارها العلامة : علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد البعلي الدمشقي(٨٠٣هـــ)،تحقيق : حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ،ص٢٢٢.

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ،كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق .. ، حديث رقم (١١١٩)،ج٢،ص ٥٢٦.

(٣) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج٢،ص٥٠. السماحي ، **بحوث في فرق النكاح** ،صص١٨٦-١٨٧. مسعود رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد النكاح** ،ص ص٦١-٦٢

لها عند العقد، قال: لا يصح البيع مع عدم الرؤية للمبيع أو وصفه وصفا منافيا للجهالة ، أو مع عدم ذكر الثمن ،ومع أن الفقهاء أجمعوا على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع قال بعدم صحة هذا القياس[1] .

الفرع الثالث : نوع الفرقة الواقعة بالتفريق بسبب العيوب .

اختلف الفقهاء القائلون بجواز التفريق بسبب العيوب في نوع الفرقة الواقعة به وذلك على قولين :

القول الأول : إن الفرقة الواقعة بسبب العيوب فسخ لا طلاق وبهذا قال الشافعية والحنابلة ومن وافقهم [2].

القول الثاني : وذهب أصحابه إلى أن الفرقة الواقعة بسبب العيوب هي فرقة طلاق بائن لا فسخ وبهذا قال الحنفية والمالكية [3].

الأدلـــــــــــــة .

استدل أصحاب القول الأول القائلين بأنها فسخ بما يلي :

١ - إن الفرقة إذا كانت من جهة الزوجة لا تكون طلاقا وإنما تكون فسخا[4] .

٢ - إن مدار الفرقة للعيب هو ذات العيب ولا يلزم أن يكون العيب في الزوجة فقط ، بل ربما يكون في الزوج ، فذات العيب كاف لأن يدور الحكم معه فتقع الفرقة فسخا، قياسا على فسخ المشتري العقد لأجل العيب [1].

---

(١) المراجع السابقة: مراجع الأمر الأول.

(٢) الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج٤،ص ١٦٧. الهيتمي ، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ج٧،ص ٣٤٩. الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٤، ص ٣٤٤، وانظر أيضا ص ٣٤٦.ابن قدامة ، **المغني** ، ج١٠،ص ٧٠. ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٧،ص ١١٠. البصري ، **الواضح في شرح مختصر الخرقي** ، ج٣،ص ٤٧٢. المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٨،ص ٢٠٠.ابن قدامه ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ج٦،ص٤٦١.الزركشي ، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** ، ج٢،ص ٤١٤.

(٣) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٤،ص ١٣٤. المرغيناني ، **الهداية شرح البداية** ، ج٢،ص ٢٧٣.السرخسي ، **المبسوط** ، ج٥،ص ١٠٢.ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار** ، ج ١٠، ص ٢٣٥ الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢،ص ٢٤٦. الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣،ص ١٠٧.المواق، **التاج والإكليل** ، ج٥،ص ١٤٧.الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك إلى مذهب الإمام مالك** ، ج٢،ص٧٨.

(٤) الشافعي ، **ألام** ،ج٥،ص ١٠٦.

٣ - إنه لو كانت طلاقا لتنصف بها المهر قبل الدخول وهي ليست كذلك فتعينت أن تكون فسخا [٢].

٤ - إن هذه الفرقة طالما لم يستقل بها الزوج ولا تتوقف على إيقاعه أو إيقاع من ينوب عنه كانت فسخا كفرقة الرضاعة [٣].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب القول الثاني القائلين بأن الفرقة بسبب العيب تكون طلاقا بما يلي:

١ - ما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ أتته امرأة فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولا ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما وجعلها تطليقة وكان هذا بمحضر من الصحابة، ولم ينكر منهم أحد فكان إجماعا [٤].

٢ - إن الزواج إذا انعقد صحيحا تاما نافذا لزم، وعلى ذلك فإنه لا يقبل الفسخ بخلاف الفاسد والموقوف فيجوز أن يفسخ لأنه لم يتم كالفسخ لعدم الكفاءة [٥].

٣ - إنما جعل الطلاق بائنا لرفع الضرر عن المرأة إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة لعاد الضرر ثانية [٦].

الفرع الرابع : الآثار المترتبة على الفرقة بسبب العيوب .

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب فما هو أثرها على عقد النكاح بمعنى الآثار المترتبة على العقد كالمهر والعدة ؟وذلك كما يلي :

---

(١) انظر : الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج٤،ص ٢١٣.وانظر :محمد المستريحي ، **الفسخ بالعيوب سيما الوراثية** ، ص ١٣٨. ومسعود رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ،ص ٩٣.

(٢) المستريحي ، **التفريق بسبب العيوب** ، ص ١٣٨.

(٣) المرجع ذاته .

(٤) السماحي ، **بحوث في فرق النكاح** ، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م،ص١٨٤.

(٥) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٤،ص ١٢٨.

(٦) السماحي ، **بحوث في فرق النكاح** ، ص ١٨٤ وما بعدها .

المهر : قسم الفقهاء في مسألة المهر الواجب بعد التفريق بين الزوجين بسبب العيوب إلى حالتين :

الحالة الأولى : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول ، بسبب عيب في الزوج أو الزوجة، ويمكن أن نقسمه إلى قسمين :

القسم الأول : إذا كان العيب بسبب من الزوج : اختلف الفقهاء في حكم استحقاق الزوجة للمهر إذا كان العيب بسبب من الزوج وقبل الدخول ، حيث ذهب الحنفية[١] إلى أنه إذا تمت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول وكان العيب من الزوج فإنها تستحق نصف المهر المسمى في العقد ،وإذا لم يسمى فلها المتعة، وقاسوا هذه الحالة على حكم الطلاق قبل الدخول ،إذ أن المرأة فيه تستحق نصف الصداق لقوله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم }[٢]. ثم أن هذه الفرقة تمت بعد عقد نكاح صحيح نافذ ولازم فيكون طلاقا لا فسخا وعلى ذلك يكون لها نصف المهر ، والملاحظ أن الحنفية ذهبوا إلى ذلك لأنهم في الأصل يعتبرون الفرقة بالعيب طلاقا كما اشرنا من قبل، فتأخذ حكم المطلقة باستحقاق نصف المهر المسمى .

وذهب جمهور الفقهاء كالمالكية والشافعية والحنابلة، وكذلك الزيدية الإباضية إلى أن هذه الفرقة مسقطة للمهر ، فلا يجب للمرأة فيها شيء على الزوج قبل الدخول [٣]. وذلك أن الفرقة وقعت من الزوجة فيكون الفراق من جهتها وبسببها فيسقط المهر ، ثم إن المهر واجب مقابل الانتفاع بالمرأة فلما تعذر استيفاء المنفعة منها لم يكن لها مهر [٤]. والملاحظ أن المالكية وعلى الرغم من اعتبارهم لهذه

---

(١) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣،ص١٥٥٧. **ابن عابدين** ،**رد المحتار على الدر المختار** ، ج١٠،ص ٢٣٥. الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج١،ص٥٥٠.ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٤،ص ٢١٠.مسود رضا ، **العجز عم الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ، ص٩٩.

(٢) البقرة : الآية : ( )

(٣) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢، ص ٤٧٧. الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك**، ج٢،ص ٧٨. الرهوني، **حاشية الرهوني على الزرقاني** ،ج٣،ص ٢٨٤. الماوردي ، **الحاوي** ، ج٩،ص ٣٤٥. البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥،ص١١٣. الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، ج٤، ص٣٤٣ . المرتضي ، **البحر الزخار**، ج٤،ص٦٣. اطفيش، **شرح النيل وشفاء العليل** .ج١٤،ص ١٦٥.

(٤) المراجع السابقة .

الفرقة طلاقا إلا أنهم لا يوجبون لها نصف الصداق كما هو رأي الحنفية وعللوا ذلك بأنه : وقع الاختيار على الرد قبل البناء فلا صداق لها سواء وقع بلفظ الطلاق أو غيره ؛ لأنه إن كان العيب بها فهي مدلسة، وإن كان العيب به فهي مختارة لفراقه (١).

القسم الثاني : إذا كان العيب بسبب الزوج : ذهب الحنفية إلى انه لا خيار للزوج في فسخ النكاح بسبب العيب فعندهم أن الفسخ حق للزوجة دون الزوج .أما جمهور الفقهاء كالمالكية والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أنه إذا تمت الفرقة بسبب عيب في الزوجة قبل الدخول فلا تستحق شيئا من المهر؛ لأن المرأة تكون قد دلست على الرجل بإخفاء عيبها فكانت كأنها الفاسخة لوجود معنى الفسخ فيها (٢).

الحالة الثانية : إذا وقعت الفرقة بعد الدخول . ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب المهر للزوجة بالدخول، سواء كانت الفرقة من جهة الزوج أو من جهة الزوجة وإن اختلفوا في مسألة هل يجب لها مهر المسمى أم مهر المثل، وما يهمنا في هذا البحث هو ثبوت المهر للزوجة بالدخول سواء أكان العيب من الزوج أو من الزوجة (٣). وذهب المالكية إلى أنه إذا صدت الفرقة لعيب في الزوج وكان يستحيل الوطء كالمجبوب والعنيين والخصي فلا شيء لها عليهم من المهر لعد تحقق الدخول حقيقة فصار كما لو فرق بينهما قبل الدخول (٤).

العـــــدة :

إذا حصلت الفرقة قبل الدخول فلا عدة على الزوجة مطلقا؛ لأن العدة لا تجب قبل الوطء وما في معناه كالخلوة ، أما إذا كانت العدة بعد الدخول فالعدة واجبة باتفاق العلماء ؛لأن العدة تجب لكل وطء ليس فيه حد .

---

(١) ابن رشد ،**بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٢،ص ٥٥. الكشناوي ، **إرشاد السالك** ، ج٢،ص ٧٨.

(٢) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني وألفاظ المنهاج** ،ج ٤،ص ٣٤٣. الدردير، **الشرح الصغير** ، ج٢،ص٤٤٧. الرافعي، **الشرح الكبير**، ج٨،ص ٤٤٧. الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٣،٤٩٢. البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج٥،ص ١١٣

(٣) الغزالي ، **الوسيط في المذهب** ، ج٥،ص ١٦٣.الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٦،ص٣٠٧، المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٨،ص ٢٧٨.الشربيني ، **مغني المحتاج** ،ج٤،ص ٣٤٣.

(٤) الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ،ج٢،ص ٢٨٦. وانظر احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ٣٣٣

وما تقدم ذكره هو إذا كان العيب غير الجب فإذا كان الزوج مجبوباً ففي المسألة تفصيل :

الحنفية : إذا كان الزوج مجبوباً فذهبوا إلى أن الخلوة تقوم مقام الدخول فتجب في حق الزوج العدة كما أقيمت مقام الدخول في حق تحقيق المهر المسمى [١].

المالكية : ذهبوا إلى أن خلوة المجبوب غير معتبرة فإذا فرق بين الزوجين بسببها لا تجب العدة على الزوجة [٢]. وهذا ما ذهب إليه الشافعية أيضا فلا يوجبون العدة على زوجة المجبوب، ولا يقيمون الخلوة مقام الدخول بل ينيطون العدة بالوطء فعلا أو استدخال المني المحترم [٣]. وأما الحنابلة فذهبوا إلى أن الزوج إذا خلى بزوجته فعليها العدة سواء أكان مجبوباً أو عنيناً وذلك لما روى احمد الأكرم عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة [٤].

وأما عن حكم النفقـــــة في العدة :

ذهب الحنفية إلى أنها ثابتة للزوجة في كل حال؛ لأنها عدة من طلاق بائن فتجب لها النفقة على الزوج كما يجب عليه المهر. وأما جمهور الفقهاء رأوا أنها لا نفقة لها لأنهم لا يوجبون النفقة في العدة إلا في المعتدة من طلاق رجعي وهي معتدة من طلاق بائن إلا إذا كانت حاملا.

---

(١) ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج٤،ص ٢٧٩.

(٢) الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ،ج٣،ص ٤١١. الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢، ص٦٧٤.

(٣) الرافعي ، **الشرح الكبير** ، ج٩،ص ٤٢٤. النووي ، ، **روضة الطالبين** ، ج٦، ص ٣٤١.

(٤) ابن المفلح ، المبدع،ج٨،ص ١٠٨.ابن قدامة ، **المغني**، ج١١، ص١٠٨. الزركشي، **شرح مختصر الزركشي على مختصر الخرقي** ، ج٢،ص ٣٤٣.

العيب وموقف قانون الأحوال الشخصية :

بداية عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني الفسخ للعيب في المواد(١١٣) إلى (١١٩) من القانون ، ويمكن أن نلخص ما جاء في هذه المواد بعدة نقاط كالتالي:

١ - أخذ القانون بداية برأي من قال بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب في الزوج سواء كانت في الزوج أم في الزوجة، إلا أنه اشترط في المادة (١١٣) أنه لا بد لصحة قبول التفريق لعيب الزوج أن تكون الزوجة سليمة من العيوب عند طلبها للتفريق . حيث نصت المادة (١١٣) منه على ما يلي : للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بناءه بها ،كالجب والعنة والخصى ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن . واشترط أيضا القانون على الزوج حتى يقبل طلب التفريق عدم علمه بالعيب قبل العقد وأيضا عدم رضاه بعد العقد صراحة أو ضمنا" حيث نصت المادة (١١٧) على مايلي : للزوج حق طلب التفريق إذا وجد في زوجته عيبا جنسيا مانعا من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرض منفر ،بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا .

٢ - أما عن العيوب المجيزة لطلب الفسخ فهي في القانون ما يلي :

أ - عيوب جنسية خاصة بالرجل : كالجب والعنة والخصى .

ب - عيوب جنسية خاصة بالمرأة : كالرتق والقرن .

جـ - عيوب مشتركة بين الزوجين : وهي أمراض منفرة وعلل لا يمكن معها الإقامة بين الزوجين إلا بضرر ومنها : الجذام والبرص والسل والزهري والمرض المنفر . ومما يجدر بنا ذكره أن هذا القانون نص على المرض المنفذ ولم يحدده وهذا تعميم واسع ؛ لأن الأمراض المنفرة كثيرة وبما أن الوقت الحاضر قد شهد تقدما علميا وطبيا فلا بد من أن يحدد القانون بناء على دراسة مركزة وواعية وعلى استشارات طبية، الأمراض المنفرة والعلل التي يمكن أن لا يبرأ منها من أصيب بها ، ولا يستطيع الآخر العيش معه إلا بضرر .

٣ – حق طلب التفريق في القانون ثابت للزوج والزوجة ، إلا أن القانون قد أعطى المرأة حق طلب التفريق إذا حدثت العلة قبل الزواج أو بعده ، بينما لم يعطي القانون هذا الحق للزوج وإنما قصر حقه على قبل الدخول فقط وهو، رأي المالكية[١] ،حيث نصت المادة (١١٨) من القانون على ما يلي :(العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا يسمع فيها طلب الفسخ من الزوج) .

٤ – لم يعتبر قانون الأحوال الشخصية العمى والعرج من العيوب الموجبة للفسخ ،ولم يذكر أنه إذا اشترطت السلامة في العقد أو عدمها، فهل يحق لأحدهما طلب التفريق ؟ حيث نصت المادة (١١٦) على ما يلي :(...... أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق).

٥ – اعتبر القانون أن الفرقة الواقعة بسبب العيوب هي فرقة فسخ لا طلاق ،ويكون بذلك قد عدل عن رأي الحنفية والمالكية أيضا ،والذين يرون أن الفرقة الواقعة بسبب ذلك طلاق ، وأخذ برأي الشافعية والحنابلة والذين يرون بأنها فسخ لا طلاق [٢].

٦ – ومما يؤخذ على هذا القانون بما يتعلق بمسائل التفريق بسبب العيوب ،هو عدم ذكره للآثار المترتبة على هذا التفريق، سواء كانت على المهر أم على العدة والتي اختلف الفقهاء فيها ، حتى يفصل القول في ذلك [٣].

---

(١) محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص٣٢٨ .

(٢) انظر صفحة (١٥٤) من الرسالة .

(٣) محمد سماره ، **أحكام وآثار الزوجية** ، ص٣٢٨ .

المطلب الخامس : اللـــــعان

الفرع الأول : ماهية اللـــــعان .

أولاً: في اللغة : اللّعن الطرد والإبعاد من الخير وبابه قطع ، واللّعنةُ الإسم ،والجمع لعان ، ولعَنات والرجل لعين وملعون والمرأة لعين . والملاعنة واللعان :المباهلة والملعنة قارعة الطريق ومنزل الناس ، ورجل لعُنة يلعن الناس كثيرا ولعنه بالسكون يلعنه الناس ، ولاعن الرجل زوجته : قذفها بالفجور [١].

ثانيا في الاصطلاح : عرّف الفقهاء اللعان تعريفات متعددة وذلك كما يلي :

الحنفية" : عرفوه بأنه :(شهادات مؤكدات بالإيمان، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها) [٢] .

المالكية ": عرفوه بأنه: (حلف الزوج على زنا زوجته ، أو نفي حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه) [٣] .

الشافعية" :عرفوه بأنه:(كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ،والحق العار به أو إلى نفي الولد) [٤] .

الحنابلة" : عرفوا اللعان بأنه: (شهادات مؤكدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في جانب الزوج وحد الزنا في جانبها، وهو موافق لتعريف الحنفية) [٥] .

الإباضية" : عرفوه بأنه: (يمين الزوج على زوجته بالزنا أو نفي نسبٍ ويمين الزوجة على زوجها على تكذيبه)[٦] .

الفرع الثاني : أدلة مشروعية اللعان .

ثبتت مشروعية اللعان في الكتاب والسنة والإجماع وذلك كما يلي :

---

(١) الرازي ،**مختار الصحاح** ، ص ٥٩٩ . الفيومي ، **المصباح المنير** ، ص٥٤٤ .

(٢) الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٣٣ .ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٤ ، ص١٨٩.

(٣) الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٢ ، ص ص ٦٥٧ -٦٥٨ .

(٤) الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ،ج ٥ ، ص.

(٥) البهوتي ، **كشاف القناع متن الإقناع** ، ج٥ ، ص ٣٩٠ .

(٦) اطفيش ، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل** ، ج٧ ، ص٣٥٦ .

١ - **الكتاب** . قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنْ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ﴾ [١].

ووجه الدلالة : إن الآية قد صرحت بأنه إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا، أو بنفي الولد ، فيجب عليه اللعان إن لم يأتي بأربعة شهود ، وهذا قول جمهور العلماء وعامة الفقهاء وجماعة أهل الحديث[٢] .

٢ - **من السنة النبوية** . ثبت ذلك في الحديث الذي يرويه البخاري في صحيحه ،وغيره : (فعن سهم بن سعد الساعدي : أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري ، فقال له : يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله ؟ فتقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن ذلك ، فكره رسول الله ﷺ ، فقال : فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر العجلاني فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ فقال عاصم لعويمر : لم تأتني بخبر ، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها ، فقال عويمر : والله لأنتهي حتى اسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله ﷺ وسط الناس فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ؟أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب وأتِ بها ، قال سهم : فتلاعنا،وأنا والناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت علي يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ وقال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين)[٣].

٣ - **الإجماع** . أجمعت الأمة على اللعان ولم يرو مخالف لذلك[٤] .

---

(١) سورة النور : الآية (٦ – ٩).

(٢) انظر القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج١٢ ، ص١٢٢ .

(٣) متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب اللعان ، حديث رقم (٥٣٠٨)، ص ١١١٣ ، دار ابن حزم ، بيروت ط١، ، ١٤٢٤هـ– ٢٠٠٣ م ، والمسلم في صحيحه ، اللعان ، باب وجوب الاحداد في عدة ، حديث رقم (١٤٩٢)، ص٦٠٤، طبعة بيت الا فكار الدولية ، الرياض ، ١٩٩٨ م .

(٤) سعدي أبو حبيب ، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي** ، ج٢ ، ص٨٩٨ .

الفرع الثالث : طريقة وقوع هذه الفرقة ونوعها .

اختلف الفقهاء في طريقة وقوع الفرقة بين الزوجين إذا تلاعنا ، هل تكون أمام الحاكم ؟ وهل تتوقف على حكمه ؟ أم لا ؟ وذلك كما يلي :

القول الأول : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الفرقة بين الزوجين إذا تلاعنا تقع دون توقف على حكم حاكم ، فلا تحتاج هذه الفرقة إلى قضاء ليفصل بينهما فيها، وإنما تقع بمجرد حدوث اللعان والإنتهاء منه، أي أنه لا حاجة لأن يحكم الحاكم بوقوع الفرقة بين الزوجين وهو مذهب جمهور الفقهاء [١].

القول الثاني : وذهب أصحابه إلى حاجة هذه الفرقة إلى حكم حاكم ليحكم بوقوعها بين الزوجين وهو قول الحنفية ورأي عند الحنابلة [٢].

ســــــبب الخلاف : أن تفريق النبي ﷺ بين المتلاعنين ليس هو بيّناً في الحديث المذكور ؛ لأنه بادر بنفسه وطلّقَ قبل أن يخبره بوجوب الفرقة، والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق ،وأنه ليس بالشرع تحريم مؤبد متفق عليه، فمن غَلَّبَ هذا الأصل على المفهوم باحتماله نفيا وجوب الفرقة ، ومن قال بالمفهوم قال بإيجادها[٣] .

الأدلــــــــــــــة :

أدلة القول الأول : استدل الجمهور بما يلي :

١ - إن اللعان أوجب الفرقة التي قضى بها رسول الله ﷺ عند فراغه من لعانهما وقال : (لا سبيل لك عليها) إعلانا منه بأن اللعان رفع سبيله عنها ، وإنما هو تفريق أوجبه اللعان فأخبر به النبي ﷺ أيضا [٤].

---

(١) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٤٦٤ .عبد الوهاب بن نصر البغدادي ، **عيون المجالس** ، ج ٣ ، ص ص ١٣١١ – ١٣١٣ ، سليمان بن محمد بن عمر البيجرمي الشافعي (١٢٢١هـ) ، **حاشية البيجرمي على الخطيب** ، ج٤ ، ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ – ١٩٩٦ م ، ص٣٧٩.

(٢) المرغياني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج ٢ ، ص ٢٧١ ، الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ص ٣٩٠ ، ابن الهمام ، **فتح القدير** ، ج٤ ، ص١١٨ ، الحصكفي ، **الدر المختار** ، ص٢٤٢ ، الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٣٠ ، ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١، ص١٤٤ .

(٣) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،ج٤ ، ص٤٦٤ .

(٤) ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، ج١٧ ، ص ٢٢٦ .

وفي قوله ﷺ : (لا سبيل لك عليها) فيه دلالة واضحة أن اللعان هو الموجب للفرقة بينهما ، وإن الحاكم إنما ينفذ في ذلك الواجب من حكم الله ، ولم يكن تفريقه عليه الصلاة والسلام استئنافاً من حكم وإنما كان تنفيذا لما أوجب الله تعالى من المباعدة بينهما [١].

٢ - إنه معنى في اللغة فعلى الحاكم أن يعلمهما بأن اللعان فراق بينهما وإن قصرا ولم يقل فرقت بينهما ، فالفرقة واقعة بتمام اللعان [٢].

٣ - لأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم، كالرضاع وأخذ هذا المعنى من (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً) ؛ ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لسوغ ترك التفريق إذا كرهاه، كتفريق للعيب وللإعسار [٣].

أدلة القول الثاني :

١ - حديث سهل بن سعد الساعدي: أن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين فأضاف الفرقة إليه لا إلى اللعان ، فلا تقع الفرقة حتى يقول الحاكم : قد فرقت بينهما ، ويعلم من حضره بذلك ويشهدهم .

٢ - قول ابن عباس في حديثه : ففرق بينهما رسول الله ﷺ ،وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله ، وحديث عويمر أيضا ، وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه أوقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه، ولا أمكنه إمساكها [٤].

٣ - قياس هذه الفرقة على الفرقة بين الزوجين إذا كان الزوج عنيناً ؛ لأنه لا تقع بينهما إلا بحكم حاكم ، ولما كان اللعان مفتقرا إلى حضور حاكم ، كان مفتقرا إلى تفريقه بخلاف الطلاق وقياساً على العنين؛ لأنه لا تقع الفرقة بينهما إلا بحكم حاكم [٥].

---

(١) ابن عبد البر ،**الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار** ، ج ١٧،١٢٦

(٢) ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١ ، ص١٤٥ .

(٣) ابن عبد البر ، **الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار** ، ج١٧ ، ص٢٢٨ .

(٤) المصدر نفسه .

(٥) المصدر نفسه .

الترجيـــــح :

يرى الباحث أن ما ذهب إليه الحنفية هو الأوجه في زماننا، إذ أن مثل هذه المشاحنات، لا تحل إلا عن طريق إلزام الزوجين بما يترتب على ذلك ،ولا يكون ذلك إلا بالقضاء وبالتالي فهي لا بد لها من حكم يثبت ما يترتب على ذلك بين الزوجين ويكون ملزما لكل واحد منهما ولا يتأتى ذلك إلا من خلال القضاء .

نوع الفرقة بسبب اللعان :

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب اللعان وذلك على قولين :

القول الأول : إنها طلاق بائن ، وذهب إلى ذلك القول أبو حنيفة ومحمد، وذلك أن الملاعنة بين الزوجين تفوت عليهما سبيل العيش الهنيء، والإطمئنان بينهما من الاتهام بالزنا ،مما يستحيل معه الإمساك بالمعروف بعد ذلك فيتعين التسريح بالإحسان ، وهذا التسريح يكون طلاقا بائنا [١].

القول الثاني : إن الفرقة باللعان فسخ لا طلاق ، وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف وزفر من الحنفية ؛ وذلك أنها أثبتت حرمة مؤبدة عندهم لا تنقضي بالرجوع وتكذيب النفس ،ثم هي ليست من قبل الزوج خاصة ، بل يقع التفريق لحكم الشرع أو بتفريق القاضي[٢] .

الأدلـــــــــــــــــــة :

أدلة القول الأول : استدل الحنفية على أن اللعان طلاق بائن ، ولا يوجب حرمه مؤبدة بين الزوجين بما يلي :

---

(١) ابن الهمام ، **شرح الفتح القدير** ، ج٤ ، ص٢٨٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ج٤ ، ص١٣١ .المرغياني ، الهداية ، **شرح بداية المبتدي** ، ج٢ ، ص٢٧١ ، الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج٣ ، ص٢٣١ ، الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣ ، ص٣٩٠ .

(٢) العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠ ، ص٤١٩ ، الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٣ ، ص٤٥٧ ، ابن قدامه ، المغني ، ج١١، ص١٥٣ ، ابن قدامه ، **الكافي** ، ص٥٢٧ .طبعة جديدة ومنقحه ، دار ابن حزم ، بيروت ، ٢٠٠٣ م ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج٣ ، ص٤١٠ ، ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٤٦٥ ، ابن مفلح ، **الفروع** ، ج ٩ ، ص٢١٣ .

١ - ما روي عن النبي ﷺ : لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً. وفي بعض الروايات : (كذبت عليها إن لم أفارقها فهي طالقٌ ثلاثاً) [١].

ووجه الدلالة: إنه صار طلاق الزوج عقب اللعان سنة المتلاعنين كما فعل عويمر ، فقد طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله ﷺ فأنفذها عليه الرسول ، فيجب على كل ملاعن أن يطلق ، فإذا امتنع ينوب القاضي عنه في التفريق ، فيكون طلاقا كما في العنين [٢].

٢ - ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج لزوجته ؛ ولأنه يوجب اللعان ، واللعان يوجب التفريق ، والتفريق يوجب الفرقة، فكانت هذه الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى القذف السابق ، وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا ،وذلك هو قول السلف في كل فرقة وقعت من الزوج فهي طلاق .

٣ - ثم إن التكذيب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ، ولا يجتمعان مادامًا متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد التكذيب فيجتمعان [٣].

٤ - قياس هذه الفرقة على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم الحاكم [٤].

أدلة القول الثاني :

استدل من قال بان هذه الفرقة فسخا لا طلاق ، وأنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة بما يلي :

١ - قول النبي ﷺ : (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً).

وهو نص في الباب فهو موجب للحرمة المؤبدة بين الزوجين [٥] .

---

(١) ذكرت هذه الروايات بكتب الحديث تحت عنوان ، كتاب الطلاق ، باب اللعان .

(٢) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج ٣، ص٣٩٠ .

(٣) المرغياني ، **الهداية في شرح بداية المبتدي** ، ج٢ ، ص٢٧١ .

(٤) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٤٦٥ ، وانظر أيضا الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣ ، ص ٣٩٠ .

(٥) العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠ ، ص ص ٤١٩ - ٤٢٠ ، ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ج٤ ، ص٤٦٥ .

٢ - وفي رواية ابن عباس أن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وامرأته، وفرق بينهما ، وقضى : أن لا بيت لها ولا قوت من أجل أنهما لا يفترقان لا عن طلاق ولا عن وفاة ، فكان فسخا[١] .

٣ - أن اللعان ليس صريحا في الطلاق ، ولم ينو به الزوج الطلاق ، ولو جعل اللعان طلاقا لكان طلاق مدخولٍ بها بغير عوض ،ولم ينوي به الثلاث فيكون رجعيا[٢] .

مناقشة الأدلة :

رد الحنفية على استدلال الجمهور بحديث المتلاعنان لا يجتمعان بما يلي : إن الحديث لا يمكن العمل بحقيقته ، لما ذكروا بأن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل، ولما فرغا من اللعان لم يبقيا متلاعنين حقيقة ، فانصرف المراد إلى الحكم وهو أن يكون حكم اللعان فيهما ثابتا ، فإذا كذّب الزوج نفسه وحدّ حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما ، ونظير ذلك قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف :﴿ إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذًا أَبَدًا ﴾ [٣] .أي ما داموا في ملتهم وعلى ذلك إذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا [٤].

ورد الجمهور على الحنفية بأن الحديث نص في الباب : (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً) [٥].

وبعد استعراض الأدلة يرى الباحث أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأرجح والأقوى دليلا إذ أن الحديث واضح ونص في هذه المسألة ، فتقع الفرقة بين الزوجين وتكون فسخا ويقع التحريم المؤبد بينهما .

---

(١) العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠، ص٤٢٠ .

(٢) محمد عقله ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، ج٣ ، ص٢٦١ ، وانظر أيضا : ابن قدامه ، **المغني** ، ج١١ ، ص١٤٧ .

(٣) سورة الكهف : الآية (٢٠) .

(٤) الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٣ ، ص٣٩٠ .

(٥) العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠، ص٤٢٠ .

الآثار المترتبة على اللعان[١] : إذا ما تم اللعان صحيحا بتوفر أركانه وشروط صحته فإنه يترتب عليه ما يلي :

١ - درء الحد عن الزوجين المتلاعنين ، فيدرء حد القذف عن الزوج ،وحد الزنا عن الزوجة .

٢ - حرمة الوطء والاستمتاع بين الزوجين ، فبعد تمام اللعان يحرم على الزوجين أن يستمتع أحدهما بالآخر؛ وذلك لوقوع الفرقة بينهما .

٣ - وجوب التفريق بينهما .

٤ - التحريم المؤبد بين الزوجين .

٥ - نفي نسب الولد، إن كان هناك ولد نفي نسبه باللعان .

٦ - يجب للمرأة نصف المهر قبل الدخول عند جمهور الفقهاء ، سواء من قال بأنها فرقة فسخ ، أو من قال بأنها فرقة طلاق ، وأما بعد الدخول فلها المهر كاملا لتأكده بالدخول .

٧ - وجوب العدة على الزوجة بعد الدخول ولا نفقة لها أثناء العدة عند جمهور الفقهاء إلا الحنفية لأن الفرقة عندهم طلاق بائن [٢].

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني : لم يعالج قانون الأحوال الشخصية الأردني اللعان عند بحثه للتفريق بين الزوجين ، ولم يتعرض لأحكامه ولا لأثره على الحياة الزوجية بين الزوجين ، لذلك فإنه يتعين الرجوع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة طبقا لما تقتضية المادة : (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، والتي نصت :على أنه إذا لم يكن هناك نص قانوني في مسألة يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، والتي يمكن أن نجمل رأيهم بما يلي :

١ - اللعان هو شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ، ومقام حد الزنا في حقها .

---

(١) انظر الزيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ج ٣، ص٢٣١ ، العمراني ، **البيان في فقه الإمام الشافعي** ، ج١٠، ص٤١٢ وما بعدها ، وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧ ، ص٥٨٠ وما بعدها ، احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٤٤٧ وما بعدها .

(٢) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص٤٤٨ .

٢ - ركن اللعان عندهم هو اللفظ وهو الشهادات المؤكدات بالأيمان .

٣ - الفرقة باللعان تحتاج إلى حكم حاكم ، ولا يوقعها إلا قاض بين الزوجين .

٤ - الفرقة الواقعة باللعان بين الزوجين تكون طلاقا بائنا، كالتفريق بسبب العنة .

٥ - يثبت من الآثار المترتبة على هذه الفرقة المهر كاملا بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول ، كما ويثبت لها أيضا النفقة في العدة ،سواء كانت حاملا أم لا ، وعلى الزوجة العدة بعد الدخول أما قبله فلا عدة عليها .

المبحث الثالث : الفرقة بالفسخ من حيث حاجتها إلى القضاء .

تتقسم فرق الزواج بشكل عام سواء كانت طلاقاً أم فسخاً ، من حيث حاجتها إلى القضاء أو عدمه إلى نوعين :

النوع الأول : فرق الزواج التي تحتاج إلى قضاء .

النوع الثاني : فرق الزواج التي لا تحتاج إلى قضاء .

والسبب في ذلك التقسيم أن هناك من فرق الزواج ما هو جلي ظاهر لا يلتبس على أحدٍ من حيث وقوعه ، ومنها ما فيه خفاء يظهر لبعض ويخفى على آخرين ، ولما كانت هذه الأسباب غير المحددة أو الخفية أو المختلف فيها،تختلف فيها أنظار الناس وتقديراتهم، وينشأ عن ذلك خصام ونزاع، كان لا بد من تدخل القضاء في إصدار حكمه في ذلك وقطع النزاع[١] .

أما عن الفَرْقِ بين ما يحتاج إلى قضاء وما لا يحتاج إليه من فرق الزواج فيتضح بما يلي:إن الأمر يرجع إلى جلاء ووضوح سبب الفرقة- السبب الذي من أجله كان التفريق أو الذي يتنج عنه عادة تفريق بين الزوجين - وعدمه ،فكل فرقة بُنيت على سبب واضح وظاهر لا تتوقف على قضاء القاضي،ولا يحتاج فيها إلى حكم القضاء،وإنما تفسخ بمجرد وقوعها،إذ أنه لا نزاع ولا خصام يمكن أن يؤديه سبب تلك الفرقة إذ إنها واضحة [٢].

---

(١) احمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص٦٥ .

(٢) بدران أبو العنين ، **الفقه الإسلامي المقارن للأحوال الشخصية** ، ص ٣٠١.

وكل فرقة تستند إلى سبب غير جلي ، ويحتاج الأمر في تقريرها إلى بحث وفحص وتمحيص،فإنها تتوقف على القضاء،وتبقى الزوجية قائمة أثناء نظر الدعوى إلى أن يصدر القاضي حكمه بالفرقة بين الزوجين (١).

وعلى ما سبق قُسمت فرق الزواج من حيث حاجتها إلى القضاء وعدمه كما يلي (٢):

أولاً : الفرق التي تعد طلاقا ولا تحتاج إلى حكم القضاء فيها وهي :-

١ - الفرقة بلفظ الطلاق الصادر من الزوج، أو ممن يفوضه أو يوكله .

٢ - الفرقة بسبب الإيلاء عند الحنفية والمالكية .

٣ - الفرقة بالخلع عند الجمهور غير الحنابلة .

ثانيا" : الفرق التي تعد فسخا ولا يحتاج إلى حكم القضاء فيها وهي :

١ - الفسخ بسبب فساد العقد في أصله كالزواج بغير شهود.

٢ - الفسخ بسبب فعل أحد الزوجين مع أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

٣ - الفسخ بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

٤ - الفسخ بسبب خيار العتق للزوجة .

٥ - الفسخ بسبب ملك أحد الزوجين للآخر .

ثالثا" : الفرق التي تعد طلاقا وتحتاج إلى حكم القضاء وهي :

١ - الفرقة بسبب اللعان .

٢ - الفرقة بسبب العيوب .

٣ - الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد .

٤ - الفرقة بسبب عدم الإنفاق على الزوجة .

---

(١) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج٧،ص ٣٥٤، الجندي، **موسوعة الأحوال الشخصية** ، ص ٣٢١. محمود بخيت ،**فسخ العقد وآثاره** ، ص

(٢) ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ،ج٨،ص٢٣٦-٢٤٢-٢٤٤.الحصكفي ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار** ، ص ص ١٨٤-١٨٥ ، بدران أبو العنين ، **الفقه الإسلامي المقارن للأحوال الشخصية** ،ص ٣٠١، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٧،ص ٣٥٤-٣٥٦، أحمد الحجي الكردي ، **فسخ الزواج** ، ص ٩٧-٩٩.

رابعا" : الفرقة التي تعد فسخا وتحتاج إلى حكم القضاء فيها وهي :

١ – الفرقة بسبب عدم الكفاءة .

٢ – الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل .

٣ – الفرقة بسبب إباء احد الزوجين الدخول في الإسلام إذا أسلم الآخر .

٤ – الفرقة بسبب خيار البلوغ والإفاقة .

وقد لا يكون هذا الفارق بينهما واضحا وموافقا لمعطيات العصر الحديث، لما استجدت من حوادث وأمور لم تكن من قبل،مثل تسجيل عقود الزواج والطلاق وإثباتها في عقود مستقلة ، فيظهر تسائل هل لمثل هذه المستجدات أثر في الفرقة من حيث حاجتها إلى القضاء وعدمه ؟

يرى الباحث أن هذا الفرق في العصر الحاضر قد انتفى ، ويرى بأن كلا من فرق الزواج سواء كانت فسخاً أم طلاقاً ،وسواء أيضا كانت مما اعتبرها الفقهاء محتاجة للقضاء أم غير محتاجةٍ إليهِ ،لا بد للقضاء من الحكم فيها وذلك للأسباب التالية :

السبب الأول : تسجيل عقود الزواج وإثباتها في عقود لها صبغة شرعية وقانونية : فعلى الرغم من أن الشريعة الإسلامية لم تشترط أن يجري عقد الزواج على يد قاض أو عالم، وإنما يستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما ،من غير احتياج إلى وسيط بينهما يقوم بإجراءه ويكفي حتى يكون منعقدا الإيجاب والقبول ، وحضور شاهدين ، وإعلان النكاح،ولكن بدأت كتابة العقود عندما بدأ المسلمون يؤخرون المهر أو شيئا منه ، وأصبحت هذه الوثائق التي يدونون فيها مؤخر الصداق أحيانا وثيقة لإثبات الزواج (١). وعلى ذلك فإنه تم إلحاق الطلاق بالزواج وأصبح يدّون ويسجل في وثائق أيضا إثباتاً للحقوق،وعلى ذلك فإن فرق الزواج لا بد من إثباتها ولا يكون الإثبات إلى عند القضاء في عصرنا الحاضر .

السبب الثاني : جهل الكثير من العامة بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك لإحلال القوانين الوضعية والحكم فيها محل الأحكام الشرعية،ولا نقصد في ذلك بما يتعلق بجانب الأحوال الشخصية فقط ،وإنما غيرها من أحكام المعاملات والعقود المدنية

---

(١) عمر الأشقر ، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص٩٣.

الأخرى ،والبعد عن تعلم أحكام الشريعة الإسلامية وما يتعلق فيها من أحكام عبادات ومعاملات ، لذلك نرى أن جهل الناس صار واضحا في مسائل الزواج وأحكامه ، وفرق الزواج وأنواعها ، وبالتالي فإنهم لا يستطيعون الفصل فيما يحصل بين الزوجين من تفريق بينهما،فكم من حوادث عديدة حصلت في مجتمعنا كان بقاء الزوجية بين الزوجين حرام ، وتم التناسل والاستمتاع والسبب في ذلك عائد إلى جهلهم بأحكام الدين فلا يتصور في مثل هذا الوضع أن يترك الأمر – أي فرق الزواج – التي لا تحتاج إلى قضاء، للناس كي يفصلوا فيها وهم لا علم لهم بما يتعلق بها وما يتصل بها من أحكام وآثار .

السبب الثالث : وهو متصل أشدَّ الاتصال بالسبب الأول، وهو فساد الذمم عند بعض ضعاف الإيمان، والذين قد يدّعون الزوجية باطلة بينهم وبين زوجاتهم ،زورا وكذبا وبهتانا ، لأغراض دنيئة قد تكون مادية أو غيرها ، يقول الدكتور عمر الأشقر عند حديثة عن تسجيل عقود الزواج والحاجة التي دعت إلى ذلك ما نصه : (... فبعض الذين يضعف الإيمان في نفوسهم يدعون أن الزوجية قائمة باطلا وزورا ، ويقيمون على ادعاءهم شهادات ممن يشهدون زورا وكذبا ، وآخرون ينتفون من الزوجة تهربا من الحقوق المترتبة عليهم ، وقد يكون مراد الزوج بنفيه الزوجة الإنتفاء من الأولاد،وقد تكون المشكلة ناتجة عن الإختلاف في مقدار المهر أو اشتراط أحد الزوجين شرط يدعيه أحدهما وينكره الآخر)[١].

وعلى ذلك يرى الباحث أن تقسيم فرق الزاوج من حيث حاجتها إلى القضاء وعدمه لا يمكن إنزاله على واقعنا المعاصر إثباتاً للحقوق وضمانا لَها ، وحفظاً لمجتمعاتنا من التنازع والخصام ، فلابد لها كلها من القضاء ليفصل القول فيها ويصدر الحكم .

---

(١) عمر الأشقر ، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص٩٤.

الخاتمة والتوصيات

أولاً : الخاتمة :

الحمد لله رب العالمين،وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد : فقد تناولت هذه الدراسة موضوع الفرقة التي تعد فسخاً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، بالبحث والدراسة وتوصل الباحث إلى النتائج التالية :

١ - لم يذكر الفقهاء القدامى تعريفا خاصا للفرقة بين الزوجين وإنما كانت ترد دون أن يعرفوها فهي متضمنة للمعنى دون الحاجة إلى ذكرها .

٢ - عرّف الفقهاء المحدثون الفرقة بين الزوجين بأنها : انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين ،وانقطاعها بينهما سواء كانت بطلاق أم بغيره لسبب من الأسباب .

٣ - الفرقة بين الزوجين مشروعة في الفقه الإسلامي ،والحكمة من مشروعيتها كثيرة لا يمكن حصرها .

٤ - لم يعرف الفقه الإسلامي الأحوال الشخصية كمصطلح وإنما كانت مواضيعه تندرج تحت (كتاب النكاح) .

٥ - تنقسم فرق الزواج في الفقه الإسلامي إلى قسمين :

القسم الأول : ما يعد طلاقا .

القسم الثاني : ما يعد فسخا .

٦ - أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد ضابط يفرقون على أساسه بين فرق الزواج التي تعد فسخا والتي تعد طلاقا . وضابط اعتبار الفرقة طلاقا عند الحنفية هي صدورها من جهة الزوج أو ممن يقوموا مقامه بسبب يختص به وحده ، إلا أن هذا الرابط لم يشمل كل الفرق فوقع خلاف بين الحنفية أنفسهم في مسائل ومواضيع محددة خالفت ضابطهم .وضابط اعتبار الفرقة طلاقا عند المالكية هو أن تكون الفرقة من نكاح صحيح شرعا، ولا يستوجب التفريق بينهما حرمة مؤبدة ، فعند ذلك تعتبر طلاقا . أما الشافعية والحنابلة فضابط اعتبار الفرقة طلاقا عندهم صدورها

من جهة الزوج ، أو نائبة بالألفاظ الدالة عليها، وهم بذلك يوافقون الحنفية في هذا الضابط .

٧ - لا يوجد لدى الظاهرية ضابط محدد يفرقون على أساسه بين ما يعد فسخا أو طلاقا ،إلا أنهم اعتبروا أن كل فرقة وقعت بين الزوجين هي فرقة بطلاق سوى اللعان واختلاف الدين فإنها فسخ .

٨ - إن قانون الأحوال الشخصية الأردني لم يضع ضابطا محددا يفرق على أساسه بين ما يعد طلاقا أو فسخا ، وهذا مما يندرج تحت بند المادة (١٨٣) والتي تنص على أن ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة .

٩ - لا يوجد لدى الفقهاء تعريف لفسخ الزواج، فهو متضمن لمعناه دون الحاجة إلى إيراد معناه . وعرف الفقهاء المحدثون فسخ الزواج بأنه : نقض العقد بسبب أمرٍ اقترن به فجعله فاسدا أو جعله غير لازم أو بسبب أمرٍ طرأ عليه فأوجب إنهاؤه .

١٠ - ضابط اعتبار الفرقة فسخ عند الفقهاء يختلف من مذهب إلى آخر ، حيث ذهب الحنفية إلى أن الفرقة إذا كانت من جهة الزوجة فهي فسخ ،وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة،وأما المالكية فيرون أن كل فرقة كانت من نكاح مختلف في صحته ،ويوجب حرمة مؤبدة فهي فسخ عندهم .

١١ - لم يضع قانون الأحوال الشخصية الأردني مناطا وضابطا لاعتبار الفرقة فسخ،وإنما عرض إلى فرق الزواج وبين نوعها وفرق الفسخ في قانون الأحوال الشخصية هي : التفريق لعدم الكفاءة والتفريق بسبب العيوب ،والتفريق بسبب الجنون ، التفريق بسبب الإعسار بالمهر ، التفريق بسبب عدم الوفاء بالشرط .

١٢ - يتفق الطلاق مع الفسخ بأنهما ينهيا الرابطة الزوجية بين الزوجين ،ويتفقا أيضا بحصول آثار تترتب على هذه الفرقة كالعدة والمهر وغيرها .

١٣ - يختلف الطلاق عن الفسخ في عدة أمور منها : من حيث الناحية اللغوية ، ومن حيث حقيقة كل منهما ، ومن حيث المحل، ويختلف من حيث الآثار المترتبة عليهما .

١٤ – يختلف الفسخ أيضا عن التفاسخ والإنفساخ إذ أن الفسخ يكون عمل أو بسبب أحد المتعاقدين، بينما التفاسخ أثر من آثار الفسخ نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة المتعاقدين ،وأما التفاسخ هو اتفاق بين طرفي العقد على إزالته .

١٥ – ويختلف الفسخ أيضا عن البطلان ،إذ أن البطلان اعتبار العقد كأن لم يكن دون أن تترتب عليه آثار أو يكون له وجود اعتباري كالمولود يولد ميتا ،أما الفسخ إما أن يكون خللا رافق العقد، أو طرأ عليه بمعنى تحقق وجوده،وترتب الآثار عليه.

١٦ – إن فرق الفسخ في الفقه الإسلامي تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الفرقة المتفق على اعتبارها فسخا وهي ما يعبر الفقهاء عنها بالفسخ لحق الشرع.

القسم الثاني : الفرقة المختلف على اعتبارها فسخا وهي أيضا الفسخ لحق أحد الزوجين .

١٧ – إن الحنفية هم أصحاب نظرية الفساد في العقود ، إذ إنهم قسموا العقد غير الصحيح إلى قسمين :

القسم الأول : العقد الفاسد .

القسم الثاني : العقد الباطل .و الفساد في العقود يشمل عقد النكاح كما أثبته فقهاء المذهب عند الحنفية .

١٨ – إن زواج الصغار جائز وصحيح شرعا في جانب الصغيرة ،خوفا على فوات الكفؤ.وخالف قانون الأحوال الشخصية رأي جمهور الفقهاء في مسألة زواج الصغار ،ولم يقتصر على ذلك فقط ،بل خالف أيضا رأي ابن شبرمة الذي ينص على اعتبار الزواج باطلا ،بينما اعتبر القانون أن زواج الصغار فاسد .

١٩– لا يوجد نص قانوني في قانون الأحوال الشخصية الأردني عن خيار البلوغ والإفاقة، ولا حاجة لذكرها أصلاً ؛ لأن القانون أخذ بعدم صحة زواج الصغير ومن باب أولى عدم إثبات الخيار له.

٢٠ – الكفاءة معتبرة في عقد الزواج مع أن الأدلة تقوم بخلافها ، إذ إن أدلة من قال بعدم اعتبارها في عقد النكاح أقوى وأدل .

٢١ – لم يتعرض القانون للفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل ،وهذا مما

يندرج تحت المادة (١٨٣) من القانون .

٢٢ - من أهم النتائج التي توصل إليها الباحث أن قانون الأحوال الشخصية الأردني على الرغم من أنه استمد أغلب أحكامه من الفقه الحنفي ؛ إلا أنه خالفه وأخذ برأي المذاهب الأخرى ، ويلحظ هذا الأمر في مسائل التفريق بين الزوجين .

٢٣ - في أكثر فرق الزواج كاللعان والتحريم بالمصاهرة ونقصان المهر عن مهر المثل لم يرد نص قانوني يبينها أو يتحدث عنها ،إلا أنها مما يدخل تحت بند المادة (١٨٣) والتي تشير إلى الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة عند عدم ورود نص .

٢٤ - تقسيم الفقهاء لفرق الزواج من حيث حاجتها إلى القضاء وعدمه لا يلائم هذا التقسيم معطيات العصر الحاضر،فيرى الباحث أن كل فرق الزاج محتاجة إلى القضاء ليفصل فيها .

ثانياً: التوصيات :

١ - يوصي الباحث باستبدال مصطلح قانون الأحوال الشخصية بمصطلح آخر مستمداً من الفقه الإسلامي ، وله أصول شرعية ثابتة مثل أحكام الأسرة أو قانون الأسرة أو غيرها من المصطلحات ،التي هي من موروثاتنا الإسلامية ولا دخل للحضارة الغربية في وجودها عندنا .

٢ - يدعو الباحث ويرجو إلى توحيد قوانين الأحوال الشخصية العربية واعتمادها قانونا واحدا مطبقا والأخذ به لما يتناسب مع الواقع المعاش، كبداية لتوحيد صفوف الأمة الإسلامية جمعاء .

٣ - يوصي الباحث إضافة بعض المواد القانونية إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني ، تتضمن تحديدا وتعيينا لضابط اعتبار الفرقة طلاقا أو فسخا ، وإضافة بند آخر يبين نوع فرق الزواج التي تعد طلاقا ، وفرق الزواج التي تعد فسخا .

٤ - إعادة النظر في بعض المواد القانونية في قانون الأحوال الشخصية الأردني مثل : زواج الصغار والعقد الفاسد .

٥ - تشكيل لجنة علمية متخصصة لبحث ودراسة وتفصيل كل ما لم يرد نص عليه في القانون ، وورد فيه قرارات استئنافية وإرجاعها إلى مضانّه ومصادره الأصيلة من كتب الفقه القديمة وعدم الاقتصار على المذهب الحنفي .

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً : المعاجم وكتب اللغة :

١. أحمد رضا ، **معجم متن اللـــغة** ، د.ط ،دار مكتبة الحياة ، بيروت ،١٣٧٩هـ-١٩٦٠م.

٢. أحمد بن محمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥)،**معجم مقاييس اللغة**، تحقيق :عبد السلام محمد هارون،ط١،دار الجيل ،بيروت ،١٤١١هـ-١٩٨٧ .

٣. البستاني ، المعلم بطرس البستاني ، ، **محيط المحيط** ، د.ط ، مكتبة لبنان ، بيروت .

٤. الجرجاني ، علي بن محمد الجرجاني (٨١٦هـ)، **كتاب التعريفات** ، د.ط ، مكتبة لبنان ، بيروت& طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

٥. الجوهري ، اسماعيل بن حماد الجوهري ، (٣٩٣هـ) ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ، تحقيق اميل بديع يعقوب & محمد نبيل طريفي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

٦. الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٠هـ)،**مختار الصحاح** ،تحقيق : يحيى خالد توفيق الطبعة الأولى ، مكتبة الآداب ،القاهرة ،١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٧. الزبيدي ، محمد مرتضى الزبيدي ، **تاج العروس** ، د.ط ، دار صادر، بيروت ، ١٣٨٦هـ،١٩٦٦ م .

٨. سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ، ط١ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٢ هـ ، ١٩٨٢ م .

٩. الفراهيدي ، الخليل بن أحمد الفراهيدي ، **كتاب العين مرتبا على حروف المعجم** ، تحقيق: عبد الحميد هنداوي ، ط١ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م

١٠. الفيروزابادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروآبادي (٨١٧هـ)، **القاموس المحيط** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧ م.

١١.الكفوي ، أبو البقاء الكفوي ، **الكلـيات** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣ هـ- ١٩٩٣.

١٢.المرسي ، علي بن سيدة المرسي أبو الحسن (٤٥٨هـ)، **المحكم والمحيط الأعظم** ، تحقيق :عبد الحميد الهنداوي ،الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ،١٤٢١هـ- ٢٠٠٠ م.

١٣. المناوي ، محمد بن عبد الرؤوف المناوي (١٠٣١هـ) ، **التعاريف (التوقيف على مهمات التعاريف)**، تحقيق : محمد رضوان الداي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

١٤.ابن منظور ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري (٧١١هـ) ، **لسان العرب** ،ط١ ،دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٢ م .

١٥. مجموعة من المؤلفين ، **المعجم الوسيط** ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ت..

<u>ثانياً :كتب التفـــــسير :</u>

١. ابن كثير ، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أو الفداء (٧٧٤)هـ ، **تفسير القران العظيم** ،تحقيق حامد أحمد الطاهر ، الطبعة الأول، دار الفجر للتراث ،القاهرة ، ١٤٢٢ هـ -٢٠٠٢م .

٢. القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي أبو عبد الله (٧٦١هـ)، **الجامع لأحكام القران** د.ط ،مؤسسة مناهل العرفان ،بيروت . وهناك طبعة أخرى :

٣. الشنقيطي ، محمد بن أحمد الشنقيطي (١٣٩٣ هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م .

٤. **الشوكاني** ، محمد بن علي الشوكاني (١١٧٣)هـ ، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير المعروف بـ (تفسير الشوكاني)** ، تحقيق: عبد الرزاق المهدي ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٢٠ هـ ، ١٩٩٩ م .

ثالثاً : كتب الحديث الشريف وشروحه :

١. أحمد بن محمد بن حنبل ، ت(٢٤١هـ)، **مسند أحمد بن حنبل** ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط & محمد نعيم العرقسوسي ، & إبراهيم الزنيبق ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٢. أحمد بن علي بن المثنى التميمي، ت (٣٠٧هـ)، **مسند أبو يعلى الموصلي** ،الطبعة الأولى ، دار المأمون للتراث ، دمشق، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.

٣. الألباني ، محمد بن ناصر الدين الألباني ، **ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبل** ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٤. الباجي ، سليمان الباجي أبو الوليد، ت(٤٩٤هـ) ، **المنتقى شرح الموطأ** ، مطبعة السعادة ، بيروت.

٥. البخاري ، محمد بن اسماعيل، ت (٢٥٦هـ)، **الأدب المفرد** ، ، الطبعة الثالثة ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م.

٦. البخاري ، محمد بن اسماعيل البخاري أبو عبد الله، ت (٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري** ، د.ط، بيت الافكار الدولية ، الرياض، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م. & ط١ ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٧. البيهقي ، أحمد بن حسين بن علي البيهقي أبو بكر ، ت(٤٥٨هـ)، **سنن البيهقي السنن الكبرى** ، تحقيق : محمد بن عبد القادر عطا ،الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٨. الترمذي ، محمد بن عيسى ابن سورة الترمذي، ت (٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي** ، الطبعة الأولى،مطبعة البابي ، مصر ، ١٩٧٣م.

٩. ابن حبان ، محمد ابن حبان البستي ، **صحيح ابن حبان** ، ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة بيروت ،١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

١٠.الدارقطني ، علي بن عمر الدار قطني ،ت (٣٥٨هـ)، **سنن الدار قطني** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ-١٩٩٦ م.

١١. الدارمي ، عبد الله بن بهرام الدارمي، ت(٢٥٥هـ) ، **سنن الدارمي** ، د. ط ، دار الفكر ، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٢.الزيلعي ، جمال الدين محمد بن عبد الله الزيلعي الحنفي، ت (٧٦٢ هـ) ، **نصب الراية في تخريج أحديث الهداية** ، تحقيق احمد شمس الدين ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦ هـ- ١٩٩٦ م .

١٣.سعيد ابن منصور ، سعيد بن منصور،ت (٢٧٧هـ) ، **مسند سعيد بن منصور** ، تحقيق : سعد بن عبد الله بن عبد العزيز ال حميد ،الطبعة الأولى، دار الصميعي ، الرياض، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م. وطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م .

١٤.الشافعي ، محمد بن ادريس الشافعي ، **المسند** ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،د.ت .

١٥.الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،ت(١٢٥٥هـ)، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .

١٦.ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي أبو بكر ،ت(٢٣٥هـ)، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ-١٩٩٧م.

١٧.الصنعاني ، عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني أبو بكر ،ت(٢١١هـ)، **المصنف** ، تحقيق : ايمن نصر الدين الأزهري ، الطبعة الأولى ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٨.الصنعاني ، محمد بن اسماعيل الصنعاني،ت (١١٨٢ هـ) ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، الطبعة الأولى، دار الأرقم ، بيروت ، د.ت .

١٩.العسقلاني ، احمد ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ،الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية بيروت ،١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٠. الكناني ، احمد بن أبى بكر بن اسماعيل الكناني(٨٤٠هـ)، **مصباح الزجاجة** ،تحقيق : محمد المنتقى الكشناوي، الطبعة الثانية،الدار العربية،بيروت،١٤٠٣هـ.

٢١.مالك بن انس الأصبحي،ت (١٧٩هـ)، **موطأ الإمام مالك** ، د.ط، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٢٢. ابن ماجه ، محمد بن علي القزويني ابن ماجه أبو عبد الله ،ت (٢٧٣هـ)، **سنن ابن ماجه** ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة بيروت ، ١٤١٦هـ١٩٩٦م.

٢٣.المناوي ، عبد الرؤوف المناوي ، **فيض القديرشرح الجامع الصغير من أحاديث البشير** ، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى ،مصر، ١٣٥٦هـ.

٢٤.النسائي ، محمد بن شعيب بن علي الخرساني النسائي ،ت (٣٠٣هـ)، **سنن النسائي** ، الطبعة الثانية ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

٢٥.النيسابوري ، الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١هـ- ١٩٩٠ م .

٢٦.النيسابوري ، مسلم بن الحجاج النيسابوري القشيري أبو الحسين (٢٦١هـ)، **صحيح مسلم** ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤١٦هـ- ١٩٩٨م.

رابعاً : كتب الفقه الإسلامي :

أ – كتب الفقه الحنفي :

١. البابرتي ، اكم الدين محمود البابرتي،ت (٧٧٦هـ)، **شرح العناية على الهداية** ، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت ، ١٣٨٩هـ١٩٩٣م.

٢. الحصكفي ، محمد بن احمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي ،ت(١٠٨٨ هـ) ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فروع الحنفية** ، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

٣. الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي الحموي ، **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م .

٤. الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ،ت(٧٤٣هـ)،**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ،تحقيق الشيخ احمد عزو عناية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،(١٤٢٠هـ-٢٠٠٢م.

٥. السرخسي ، أبوبكر محمد بن أبى سهل السرخسي،ت (٤١٠هـ)،**كتاب المبسوط** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢٤هـ-١٩٩٣م .

٦. السمرقندي ، علاء الدين سمر قندي ، **تحفة الفقهاء** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٠٥ هـ -١٩٨٤ م.

٧. ابن عابدين ، محمد بن أمين ابن عمر الشهير بابن عابدين(١٢٥٢هـ) ، **رد المحتار على الدر المختار** ، تحقيق حسام الدين بن محمد بن صالح بن فرفور ، الطبعة الأولى، دار الثقافة والتراث دمشق ١٤٢١هـ-٢٠٠٠ م.

٨. علي حيدر ، **درر شرح مجلة الأحكام** ، تعريب فهمي الحسيني ،د.ط ، مكتبة النهضة ، بيروت.

٩. الكاساني ، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الحنفي الكاساني (٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، الطبعة الثانية ، دار أحياء التراث العربي بيروت ، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٠.ابن مازة ، برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز ابن مازه البخاري الحنفي (٦١٦هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، تحقيق : عبد الكريم سامي الجندي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

١١.الموصلي ، ابن الودود الموصلي (٦٨٣هـ) ، **الاختيار لتعليل المحتار** ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥ م.

١٢. المرغيناني ، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (٥٩٣ هـ) ، **الهداية شرح بداية المبتدى** ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى الحلبي مصر ، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠ م.

١٣. ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم (٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان** ،تحقيق :عبد الكريم الفضيلي ، الطبعة الأولى ، المكتبة العصرية، صيدا.

١٤.ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي(٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨ م.

١٥. ابن نجيم ، سراج الدين عمر بن ابراهيم ابن نجيم الحنفي (١٠٠٥هـ)، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م،

١٦.أبو الفتح صهر الدين عبد الرشيد بن أبى حنيفة ابن عبد الرزاق الوالواجي (٥٤٠هـ) ، **الفتاوىالولواجية**، تحقيق : مقداد بن موسى فريوي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.

ب : كتب المالكية :

١. **الآبي** ، صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، **الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ،١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٢. الحطاب الرعيني ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني،ت (٩٥٤هـ) ،**مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٤١٦هـ- ١٩٩٥م.

٣. الخرشي ، محمد بن عبد الله الخرشي ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ،١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

٤. الدردير ، احمد بن محمد بن احمد الدردير،**الشرح الصغير إلى اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ،د.ط ، دار المعارف ، القاهرة ، د. ت .

٥. الرهوني ، محمد بن يوسف الرهوني ،**حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل** ، د.ط ، ،دار الفكر بيروت ،١٩٨٣هـ- ١٩٨٧م .

٦. الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني،ت (٧٧٦هـ)،**شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

٧. الصاوي ، احمد بن محمد الصاوي المالكي ، **بلغة السالك إلى اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، الطبعة الأولى ، الدار السودانية ، الخرطوم ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

٨. ابن عليش ، أبو عبد الله الشيخ محمد احمد بن عليش،ت (١٢٩٩هـ)،**فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الأمام مالك** ، د ط،دار الفكر ،دمشق.

٩. الغرباني ، الصادق عبد الرحمن الغرباني ، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ م .

١٠.القرافي ، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي (٦٨٤ هـ)، **الذخيرة في فروع المالكية** ، تحقيق أبو إسحاق احمد عبد الرحمن ، ط١ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٢ م .

١١.القرافي ، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي (٦٨٤ هـ)، **الفروق في أنوار البروق وأضواء الفروق** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

١٢. القرطبي ، أبو الوليد ابن رشد القرطبي (٥٢٠هـ) ، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجه** ، تحقيق: محمد حجي ، دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر، ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م .

١٣. القرطبي ، محمد احمد بن احمد بن رشد القرطبي الأندلسي (٥٩٥هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،تحقيق : الشيخ علي محمد عوض & الشيخ عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م.

١٤.الكشناوي ، أبو بكر حسن الكشناوي ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب الإمام مالك** ، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية ،بيروت ،١٤٢٤هـ–٢٠٠٢م.

١٥.مالك بن انس ، الإمام مالك بن انس الأصبحي (١٧٩هـ)، **المدونة الكبرى** ، د،ط، دار الفكر ، بيروت ،١٣٨٩هـ–١٩٧٨.

١٦.المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (٨٩٧هـ) **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ–١٩٩٥م.

ج : كتب الفقه الشافعي :

١. البغوي ، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ، ٥١٦هـ ، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق عادل احمد عبد الموجود ، علي محمد عوض ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ– ١٩٩٧ م.

٢. البيجرمي ، سليمان بن محمد بن عمر البيجرمي الشافعي (١٢٢١هـ) ، **حاشية البيجرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالقناع في حل الفاظ أبي شجاع** ، الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م .

٣. ابن حجر الهيتمي ، شهاب الدين أبو العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (٧٩٤هـ) ، **تحفة المحتاج شرح المنهاج** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢١هـ – ٢٠٠١ م.

٤. الحصيني ، تقي الدين ابن محمد بن الحسن الحصيني الشافعي ، **كفاية الأخيار في حال غاية الأنصار** ، الطبعة الثالثة ، قطر .

٥. الخطيب الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،**مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج** ،الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية، بيروت ،١٤١٥هـ- ١٩٩٤ م.

٦. الرافعي ، عبد الكريم بن محمد بن عبدا لكريم الرافعي القزويني الشافعي،ت (٦٢٣هـ) ، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير** ، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض & الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.

٧. الرملي ، شمس الدين احمد بن حمزه الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، دار إحياء التراث العربي.

٨. الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، ت(٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد** ، تحقيق : محمد حسن محمد اسماعيل ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ- ٢٠٠م، ص١٩٦ .

٩. السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ،ت(٩١١هـ) ، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٣ هـ- ١٩٨٣م.

١٠. الشافعي ، محمد بن إدريس الشافعي،ت (٢٤٠هـ) ، **ألام** ، الطبعة الأولى ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٤٢٢ هـ-٢٠٠١ م.

١١.الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ،ت(٤٧٦هـ) ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق :محمد الزحيلي ، الطبعة الأولى ، ، دار القلم دمشق ،١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٢.عادل عبد الموجود وآخرون ، عادل احمد عبد الموجود وآخرون ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م.

١٣. العمراني ، بن أبي الخير بن سليمان بن اسعد بن عبد الله ابن احمد ابن موسى العمراني، ت (٥٥٨هـ) ، **البيان في الفقه الشافعي** ،تحقيق: احمد حجازي السقا ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

١٤. الغزالي ،محمد بن محمد الغزالي حجة الإسلام أبو حامد، ت (٥٠٥هـ)، **الوجيز في فقه الإمام الشافعي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٥.الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت (٥٠٥هـ)، **الوسيط في المذهب** ، الطبعة الأولى ، دار السلام للطباعة والنشر ، الأزهر ، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧ م .

١٦.القيلوبي وعميرة ، شهاب الدين احمد بن سلام القيلوبي،ت (١٠٦٩هـ) وشهاب الدين احمد البرسي الملقب بـ (عميره) ، ت(٩٥٧ هـ) ، **حاشيتا قيلوبي وعميره على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٧ هـ- ١٩٩٧ م .

١٧.الكوهجي ، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، **زاد المحتاج بشرح المنهاج** ، تحقيق عبد الله الأنصاري ، الطبعة الأولى، دار أحياء التراث الإسلامي ، قطر ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م.

١٨.الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي،ت (٤٥٠ هـ) ، **النفقات** ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨ م .

١٩. الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي،ت (٤٥٠ هـ)، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** ، تحقيق : علي محمد معوض & عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٠.الأنصاري ، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي،ت (٩٢٦هـ) ،**اسنى المطالب شرح روضة الطالب** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٢ هـ- ٢٠٠٢ م

٢١.النووي ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

٢٢.أبو يحيى زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي،ت (٦٧٦هـ) ،**روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، تحقيق عادل عبد الموجود ، علي محمد عوض ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤١٢ هـ- ١٩٩٢م.

د: كتب الفقه الحنبلي :

١. . البعلي ، تقي الدين بن ابراهيم البعلي أبو بكر ، تـ(٨٦١ هـ) ، **حاشية ابن قندس** ، تحقيق عبد المحسن تركي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

٢. بهاء الدين المقدسي ، بهاء الدين المقدسي ، **العدة شرط العمدة** ، الطبعة الأولى، دار النموذجية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٣. البهوتي ، منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

٤. ابن تيمية ، احمد ابن تيمية ، **مجموع فتاوى ابن تيمية** ، جمع وترتيب عبد الرحمن قاسم العاصمي الحنبلي ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م .

٥. ابن تيمية ،أحمد ابن تيمية ، **الاختيارات الفقهية** ، اختارها العلامة : علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد البعلي الدمشقي(٨٠٣هـ)،تحقيق : حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت.

٦. الدمشقي ، الإمام القاضي تقي الدين أبو بكر بن زيد الجراعي الحنبلي الدمشقي،ت (٨٨٣هـ)، **غاية المطلب في معرفة المذهب في فروع الفقه الحنبلي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م.

٧. الزركشي ، .شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي،ت (٧٧٢ هـ) ، **شرح الزركشي علىمختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الحبري ، الطبعة الأولى ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

٨. الضرير ، بدر الدين أبو طالب عبدا لرحمن بن أبى القاسم الضرير ، ٦٢٤ هـ ، **الواضح في شرح مختصر الخرقي** ، الطبعة الأولى ، دار خضر ، بيروت ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .

٩. ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم ضويان ،ت(٣٥٣هـ) ، **منار السبيل** ،تحقيق عصام القلعجي ، الطبعة الثانية ، مكتبة التعارف ، الرياض ، ١٤٠٥ هـ .

١٠.عثمان عبد الله ، عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي،ت (١٢٤٠هـ) ،**الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات** ، تحقيق : عبد الله بن محمد بن بسير ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٢٢ هـ- ٢٠٠٣م.

١١.علي أبو الخير ، علي أبو الخير ، **الواضح في شرح فقه الإمام احمد بن حنبل** ، الطبعة الثانية ، دار الخير ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦ م .

١٢.ابن قدامة ، ابن قدامة المقدسي ،ت (٦٨٢ هـ) ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، د.ط ، كلية الشريعة الرياض . ابن قدامة المقدسي ، ٦٨٢ هـ ، الشرح الكبير على متن المقنع ، د.ط ، كلية الشريعة الرياض .

١٣. ابن قدامة ، موفق الدين أبو عبد الله ابن احمد بن قدامه ، ت (٦٢٠ هـ) ، **المغنــي** ، تحقيق عبد الحميد تركي ، عبد الفتاح الحلو ، الطبعة الرابعة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩ م .

١٤. ابن قدامة ، موفق الدين ابن قدامة المقدسي،ت(٦٢٠هـ) ، **الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل** ، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ،بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م.

١٥.ابن القيم ، ابن القيم الجوزي أبو عبد الله ، ت(٧٥١هـ)، **زاد المعاد في هدى خير العباد** ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

١٦. الكلوذاني ، الإمام أبى الخطاب محفوظ ابن احمد بن الحسن الكوذاني ، **الهداية في فروع الفقه الحنبلي** ، تحقيق محمد حسن اسماعيل ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .

١٧.مجد الدين ، مجد الدين أبو البركات، ت (٦٥٢هـ) ، **المحرر في الفقه على مذهب احمد بن حنبل** ، تحقيق محمد حامد الفقي ، د .ط ، ج٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ت

١٨.المرداوي ، علاء الدين بن أبي الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي ،ت (٨١٧هـ) ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، حققه :محمد حامد الفقي ، الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٩.ابن مفلح ، برهان الدين محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي ، ت(٨٤٤هـ) ، **المبدع شرح المقنع**، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

٢٠.ابن مفلح . شمس الدين ابن مفلح المقدسي،ت(٧٦٣) ، **كتاب الفروع** ، الطبعة الأولى ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ، ١٤٢٤ -هـ٢٠٠٣م.

٢١.ابن النجار ، تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي المصري المشهور بابن النجار،ت(٨٨٥ هـ) ، **منتهى الايرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات** ، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق ، د. ط ، عالم الكتب.

٢٢. النجدي ، عبد الرحمن بن قاسم العاصمي النجدي(١٣٩٢هـ) ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣& ط١، ١٤٠٠هـ .

هـ : كتب الفقه الظـــاهري :

١. ابن حزم ، علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد ، **المحـــــلى** ، **تحقيق** : لجنة إحياء التراث العربي ، د.ط ، دار الجيل بيروت & دار الافاق الجديدة ، بيروت .

و : كتب الفقه الاباضي :

١. ابن طفيش ، محمد بن يوسف اطفيش ، شرح **النيل وشفاء العليل** ، الطبعة الثانية ، ج٧، دار الفتح ، ١٣٩٢هـ -١٩٧٢ م .

كتب الفقه الزيدي :

٥. المرتضى ، احمد بن يحيى بن مرتضى (٨٤٠ هـ) ، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** ، مؤسسة الرسالة، بيروت .

٦. العاملي ، محمد بن جمال الدين المكي العاملي (٧٨٦هـ) ، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية** ، دار التعارف للنشر والتوزيع ، لبنان .

٧. الشوكاني ، محمد بن علي الشوكاني ، ١٢٥٠ هـ ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، تحقيق محمود ابراهيم زيد، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥.

ح : كتب الفقه العام :

١. احمد الحجى الكردي ،**فسخ الزواج** ، د ط ، دار اليمامة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٠.

٢. أحمد سالم ملحم ،**الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني**،الطبعة الأولى، مكتبة الرسالة الحديثة ،عمان ، ١٤١٩هـ-١٩٩٨.

٣. أحمد عامر سعيد الزيباري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨ م ، ص٥٢ .

٤. أحمد محمد علي داود ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**،الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩م.

٥. احمد ياسين القرالة ، **موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني** ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات لعام ٢٠٠٣ .

٦. أديب إستانبولي & سعدي أبو حبيب، **المرشد لقانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الثانية ، المراسلات، دمشق ،١٩٨٩ م.

٧. جعفر محمود ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ،٢٠٠٢ م .

٨. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه** ، الطبعة الثانية ، دار منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٧ م .

٩. عبد الرحمن الجزيري ،**كتاب الفقه على المذاهب الأربعه**، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

١٠.عبد الرحمن الصابوني، **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام** ، الطبعة التاسعة ، دار الثوفيق النموذجيه ، الأزهر، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣ م .

١١.عبد الرحمن الصابوني ، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري** د.ط ، مطبعة الداودي ، دمشق ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦ م .

١٢.عبد الفتاح عايش عمرو ،**القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠**، الطبعة الأولى ، دار يمان للنشر والتوزيع ، عمان ،١٤١١هـ-١٩٩٠م .

١٣.عمر سليمان الأشقر ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس عمان ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧ م.

١٤.عمر سليمان الأشقر ، **أحكام الزواج في ضو الكتاب والسنة** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.

١٥.عمر عبد الله ، **أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية** ، د . ط ، دار المعارف مصر ، د. ت .

١٦. علي الخفيف ، **فرق الزواج** ، د.ط ، معهد الدراسات العربية .

١٧.علي بن زكريا المنبجي أبو محمد(٦٨٦هـ)، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** ، تحقيق : محمد فضل عبد العزيز مراد ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق، دت .

١٨.عوض بن مبارك بن شحنة ، **الفسخ للعيب في الفقه والقانون** ، رسالة ماجستير غير منشورة، اليمن ، جامعة عدن ، ٢٠٠١م.

١٩. كمال علي صالح الصمادي ، **اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد عليها نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، ٢٠٠٣م.

٢٠.محمد إبراهيم الكويفي ، **قانون الأحوال الشخصية** ،الطبعة الأولى، ١٩٨٤.

٢١.محمد بشير شقفة ، **الفقه المالكي في ثوبه الجديد** ، الطبعة الأولى ، دار البشير ، جده، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م .

٢٢.محمد سلام مدكور ،**الإسلام والأسرة والمجتمع** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٣٧٨هـ- ١٩٦٨م.

٢٣.محمد سماره ، **أحكام وثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية** ،الطبعة الأولى، الدار العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

٢٤.محمد الشماع ،**المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق و الميراث**، الطبعة الأولى ، دار القلم للطباعة والنشر ، دمشق ،١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٢٥.محمد عقله الإبراهيمي ، **نظام الأسرة في الإسلام** ، الطبعة الثانية ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ١٤١١هـ-١٩٩٠ م.

٢٦.محمد فهر شقفة ،**شرح أحكام الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة** ،د . ط، مؤسسة النوري للطباعة ، دمشق .

٢٧.محمد محي الدين عبد الحميد ، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع ما يقابلها في الشرائع الأخرى** ، د . ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م .

٢٨.محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، **دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** ، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية ، بيروت ،١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م .

٢٩.محمود سالم عبيدات ، **التفريق بين الزوجين بسبب العيوب بين الفقه والقانون** ، الطبعة الأولى ، المطابع العسكرية ، عمان ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧ م.

٣٠.المرسي عبد العزيز السماحي ، **بحوث في فرق النكاح** ، مطبعة الفجر الجديد ، القاهرة ، ١٩٨٦.

٣١.مصطفى الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، د . ط ، مطبعة الإنشاء ، دمشق ، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٥م ، ص ٦٨٢ -٩٨٣.

٣٢. مصطفى العدوي ، **جامع أحكام النساء** ، الطبعة الأولى ، دار ابن عفان ، القاهرة ، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م .

٣٣.معوض عبد التواب ، **موسوعة الأحوال الشخصية** ، الطبعة الرابعة ، ج ١ ،دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، ١٩٨٨ ،

٣٤.ابن المنذر ، الإشراف على مذاهب أهل العلم ، الطبعة الأولى ، دار الفقه ، الدوحه ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ م .

٣٥.مجموعة من كبار أساتذة الفقه الإسلامي ، **موسوعة الفقه الإسلامي المقارن الشهيرة بموسوعة جمال عبد الناصر** ، تصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية في مصر ،١٩٨٣م.

٣٦.وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الطبعة الأولى، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٣٧.وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ، **الموسوعة الفقهيةالكويتية** ، الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة ، الكويت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م.

٣٨.يوسف قاسم ، **حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي** ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م

ط : كتب التراجم والأعلام :

١. خير الدين الزركلي ، **الأعلام**، الطبعة الخامسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٠م .

٢. شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، **كتاب تهذيب التهذيب** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر بيروت ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

٣. محمد ابن سعد بن منيع الزهري المعروف بابن سعد(٢٣٠هـ) ، **كتاب الطبقات الكبرى** ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت، ١٤٠١هـ- ١٩٨٠م .

٤. أبو الحسن بن أبى يعلى ،**طبقات الحنابلة** ، د . ط، دار المعرفة ، بيروت.

٥. أبو الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي ، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** ، د.ط ، دار المعرفة ، بيروت .

٦. الذهبي ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي(٧٤٨هـ) ، **سير أعلام النبلاء** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١هـ- ١٩٨٠ م.

٧. الذهبي ، أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي ،**تذكرة الحفاظ** ، ج٢، د.ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،ص ٢١٦.

ي : الدوريات :

١. احمد ياسين القرالة ، **موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني** ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات لعام ٢٠٠٣ .

ك: الرسائل الجامعية :

١. جعفر محمود ملكاوي ، **أحكام الخلع في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ،٢٠٠٢ م .

٢. كمال علي صالح الصمادي ، **اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد عليها نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، ٢٠٠٣م.

٣. محمد احمد المستريحي ، **حكم التفريق بين الزوجين للعيوب سيما الوراثية** ، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي ، في جامعة اليرموك، الفصل الأول ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م .

٤. مسعود أحمد رضا ، **العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، ٢٠٠٢م.

فهرس الآيات القرآنيه :

	مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ......			
١٦	وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ............	النساء	٢٢-٢٣	١٠٢
١٧	وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ.........	النساء	٢٣	١٠٦
١٨	وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ...	النساء	٢٤	١٠٦
١٩	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.....	المائدة	١	١١٤
٢٠	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ.........	البقرة	٢٣٣	١٢٢
٢١	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ	النساء	٣٤	١٢٢
٢٢	لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ	الطلاق	٧	١٢٦
٢٣	وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنتُمْ تَعْلَمُونَ	البقرة	٢٨٠	١٢٦
٢٤	الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...............	البقرة	٢٢٩	١٢٩
٢٥	هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ........	البقرة	١٨٧	١٣٤
٢٦	أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا......	الكهف	٨٧	١٤٨
٢٧	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ	النور	٦- ٩	١٦١
٢٨	إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذًا أَبَدًا	الكهف	٢٠	١٦٦

فهرس الأحاديث :

فهرس الأعـــــلام :

Abstract

Adenomination considered as Dissolution In Islamic figh and personal Law in Jordan

Comparative Study

Produced by:
Ahmed Kamel Mfadi Hassan
Supervised by:
Dr. Fateh Allah Aktham Tofaha
Supervision assistant:
Dr. Samir Mazen Al Qobaj

Thanks god by his laws good works will complete and prays on our prophet Muhammad the first of the first, later people and his family and who will follow him till the accounting day.

For as:

The core of this study about one of the suits that is connected to family. That is, the main block in building human societies. This study will discuss diverse between two husbands and abbreviated one side only. That was considered upon these groups separation. Also, this study included the Islamic law at first and then the legality side and limited in Jordanian civil personal law only.

This study was divided into introduction, primary chapter ,two chapters and conclusion.

We discussed at the primary chapter diversity between two husbands and included two sections. At the first section, I discussed the meaning of diversity in language and there meaning and aims in language lexicon, also, I discussed their meaning in consuetude language by jurisconsult men , limiting what we need from them and why they put it. In the other

section I discussed civil personal law ,its raising , appearance as a practice at first. Finally, I put historical view in written Arabic laws.
I discussed in the first chapter the divisions of marriage in Islamic law and Jordanian civil law also concepts that are relation. At the first section I discussed the first kind of marriage diverse that is separating for ever, also, I defined it traditionally and in language then I mentioned evident control diverse by jurally men and writing the principles that considered the diverse separating for ever. Then I discussed the personal law view and what evidences he comprehend and the groups that is considered it separating for ever and in the second chapter from diverse kinds between two husbands disengagement. So I wrote about its meaning traditionally and in language and control evident diverse in Islamic law and between religious men in law also in the third section I discussed the concepts that is in relation to the subject and the other relative concepts as disengagement, nullity and divorce and the differences between disengagement and divorce.
The second and the final chapter in the study was wide study and specialized that was discussed the divisions of divorce that is considered disengagement in Islamic law and it is devised into three sections. So, in the fist section I discussed the divorce in Islamic law that is considered separating in Islamic law or what it was considered divorced in god rights . in this section I discussed many kinds of suits. In the second section I discussed divorce and when it was considered separating to power full one of the two husbands. For the third section from the divorce divisions that is considered separating and who we can need it in suites.
Finally that conclusion to conclude the most instructions and recommendations that was concluded in this study.